DAS AUSSERGERICHTLICHE GESTÄNDNIS

IM

ZIVIL-PROZESS.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

JULIUS SEBBA

REFERENDAR IN HEINRICHSWALDE.

TILSIT 1904.

DRUCK VON OTTO V. MAUDERODE.

DAS AUSSERGERICHTLICHE GESTÄNDNIS

IM

ZIVIL-PROZESS.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

JULIUS SEBBA

REFERENDAR IN HEINRICHSWALDE.

AGAD. LEGATUR BIBL.

TILSIT 1904.

DRUCK VON OTTO V. MAUDERODE.

Seinen lieben Eltern

gewidmet

vom Verfasser.

Das aussergerichtliche Geständnis im Zivil-Prozess.

Inhalt.

Seite

Einleitung.

I. **Begriff und Wesen des aussergerichtlichen Geständnisses** 16
a) Die Verzichts-Theorie 16
1. Der Verzichtsvertrag 17
2. Gegenstand desselben 26
3. Beweislastverträge 27
4. Beweisverträge 29
b) Theorie des Feststellungswillens 37
(Insbesondere die Quittung.)
c) Theorie der Wahrheitserklärung 44

II. **Die Geständniserklärung** 47
a) Die Überzeugung von der Wahrheit. 47
b) Der Erklärende 48
c) Einfluss von Willensmängeln . . 50
d) Erscheinungsformen des aussergerichtlichen Geständnisses . 52

III. **Gegenstand des aussergerichtlichen Geständnisses** 55

IV. **Wirkung desselben** 58
a) Bestreiten im Prozess 59
b) Beweisgrund und Beweismittel . 61
c) Beweiswert des aussergerichtlichen Geständnisses 65

V. **Entkräftung desselben** 66

Schluss.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0134

Literatur.

Bähr, Ein weiterer Beitrag zum B. G.-B. (Arch. f. bürgerliches Recht 2, 97 ff.)

Bethmann-Hollweg, Ueber das gerichtliche und aussergerichtliche Geständnis in den Versuchen über einzelne Teile der Theorie des Zivil-Prozesses (1827) S. 250—318.

Birkmeyer, Das Offizialverfahren im Zivil-Prozess. (Zeitschrift für deutschen Zivil-Prozess. 7, 155 und 375 ff.)

Bolgiano, Zur Lehre von der Litiskontestation. (Arch. f. ziv. Praxis 68, 85 ff.)

Brackenhöfft, Beiträge zur Lehre vom Geständnis. (Arch. f. ziv. Praxis 20, 266 ff.)

Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht. (Arch. f. ziv. Praxis 64.)

Derselbe, Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. (Arch. f. ziv. Praxis, 62, 1 ff.)

Derselbe, Das Geständnisrecht. (Freiburg i./Br., 1899.)

Derselbe, Ueber den Begriff des gerichtlichen Geständnisses. (Arch. f. ziv. Praxis, 88, 317 ff.)

v. Canstein, Anerkennung und Geständnis. (Zeitschrift f. deutsch. Ziv.-Pr. 1, 257 ff.)

Collatz, Zum Recht des B. G.-B. (Iherings Jahrb. 40, 127 ff.)

Demelius, Die confessio im römischen Zivilprozess und das gerichtliche Geständnis der neueren Prozessgesetzgebung. (Graz, 1880.)

Dernburg, Pandekten (4. Aufl.) 1894.

Dreyer, „Zu § 59 der Z.-P.-O.“. (Gruchots Beitr. 38, 16 ff.)

Ehrenzweig, in Grünhuts Zeitschrift 18, 228.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig).
Fischer-Henle, Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs (5. Aufl.) 1902.
Fitting, Grundlagen der Beweislast. (Zeitschr. f. deutsch. Ziv.-Pr. 13, 1 ff.)
Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht (7. Aufl.) 1896.
Fuld, Anerkenntnis und Geständnis im Verfahren in Ehesachen. (Gruchots Beitr. 29, 327 ff.)
Guyet, Das fingierte Geständnis im Zivil-Prozess. (Arch. f. ziv. Praxis 40, 145 ff.)
Hellmann, Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs (Teil I).
Heusler, Grundlagen des Beweisrechts. (Arch. f. ziv. Praxis 62, 209.)
Hölder, Natur des gerichtlichen Geständnisses. (Zeitschrift f. deutsch. Ziv.-Pr. 28, 389 ff.)
v. Holtzendorff, Rechtslexikon (2. Aufl.) 1875/76.
Just, Zivilprozessrechtliche Kontroversen. (Arch. f. ziv. Praxis 68, 268 ff.)
Kohler, Prozessrechtliche Verträge und Kreationen. (Gruchots Beitr. 31, 276 ff.)
Derselbe, Zur Literatur des Zivil-Prozesses (Kritische Vierteljahrschrift f. Gesetzg. und Rechtswissenschaft. 22.)
Derselbe, Der Prozess als Rechtsverhältnis (1888).
Kuhlenbeck, Das B. G.-B. (Berlin, 1898.)
v. Lang, Die Wirksamkeit eines Geständnisses oder Anerkenntnisses bei Statusklagen. (Arch. f. ziv. Pr. 73. 230 ff.)
Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg. (Iherings Jahrb. 19, 154 ff.)
Levy, in Gruchots Beiträgen 38, 190 ff.

Martinius, Lehre von der Behauptungs- und Beweislast. (Arch. f. bürgerl. Recht 24, 48 ff.)
Meissels, Zur Lehre vom Verzichte. (Grünhuts Zeitschrift 18, 665 ff.)
Motive zum B. G.-B.
Mugdan, Materialien zum B. G.-B.
Nessel, Zivilprozessrechtliche Erörterungen. (Gruchots Beitr. 30, 44 ff.)
Petersen, Der Klagegrund und die Vorschriften der deutschen Z.-P.-O. (Zeitschr. f. deutsch. Z.-Pr. 3, 386 ff).
Petersen und Anger, Komm. z. Z.-P.-O. (Aufl. 5.)
J. W. Planck, Lehrbuch des Zivil-Prozessrechts. (1887—1896.)
Planck, Komm. z. B. G.-B. (I. und II. Aufl.) 1898.
Pollak, Das gerichtliche Geständnis im Zivilprozess (1893.)
Römer, Das sogenannte qualifizierte Geständnis. (Arch. f. ziv. Pr. 64, 149 ff.)
Rosenberg, Zur Lehre vom sogenannten qualifizierten Geständnis. (Arch. f. ziv. Praxis 94, 1 ff.)
Schollmeyer, Komm. z. B. G.-B. II. (1900).
Schultze, Begriff des Zivilprozesses. (Zeitschrift f. deutsch. Z.-Pr. 12, 470 ff.)
Seuffert, Komm. z. Z.-P.-O. (8. Aufl.) 1902.
Derselbe, in der Zeitschr. f. deutsch. Z.-Pr. 11, 189 ff.)
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (München.)
Staub, Komm. z. H.-G.-B. (7. und 8. Aufl.) 1900.
Staudinger, Komm. z. B. G.-B. 1901.
Stein, Das private Wissen des Richters. (2. Aufl.)
Stein, in Birkmeyers Encyklopädie (Aufl. 1) 1901.
Sydow-Busch, Zivilprozessordnung (9. Aufl.) 1902.
Unger, Fragmente eines Systems des österreich. Obligationenrechts. (Grünhuts Zeitschr. 15, 529 ff.)

Vierhaus, in der Zeitschr. f. deutsch. Z.-Pr. 19, 185 ff.)
Wach, Defensionspflicht und Klagerecht. (Grünhuts Zeitschr. 6, 515 ff.)
Derselbe, in der Zeitschr. f. deutsch. Z.-Pr. 15, 531 ff.
Derselbe, Das Geständnis. (Arch. f. ziv. Pr. 64, 216 ff.)
Derselbe, Präklusion und Kontumaz. (Grünhuts Zeitschrift 7, 130 ff.)
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. (Stuttgart, 1903.)
Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten.
Wendt, Beweis und Beweismittel. (Arch. f. ziv. Pr. 63, 296 ff.)
Wetzell, System des ordentl. Zivilprozesses. (3. Aufl.)
von Wilmowski-Levy, Komm. z. Z.-P.-O. (7. Aufl.) 1895.
Windscheid-Kipp, Pandekten (8. Aufl.) 1900.
Wittmaack, Das gerichtliche Geständnis. (Arch. f. ziv. Pr. 88, 1 ff.)

Von jeher unterscheidet die Rechtswissenschaft zwei weite Gebiete: das Privatrecht und das öffentliche Recht, von denen das erste die Abgrenzung der Interessensphären der einzelnen Individuen behandelt, während letzteres sich auf die Organisation des Staates und sein Verhältnis zu seinen Untertanen bezieht. So konsequent und zäh diese prinzipielle Unterscheidung auch zu allen Zeiten festgehalten worden ist, so wenig ist es gelungen, eine genaue Abgrenzung dieser Gebiete gegeneinander durchzuführen und die vielfachen Beziehungen zwischen ihnen aufzudecken, einer gleichmässigen juristischen Behandlung zu unterwerfen und ihnen eine feste Stellung in dem System der Rechtswissenschaft zuzuweisen. Gerade die Schwierigkeiten, welche die systematische Behandlung der Grenzgebiete zwischen den beiden grossen Disziplinen bot, schreckte wohl so manchen davon ab, sein Wissen an ihnen zu erproben. Erst seitdem der gewaltige Vorsprung, den die Privatrechtswissenschaft seit der Römerzeit vor der des öffentlichen Rechts hatte, durch das Aufblühen der Staatswissenschaften (im weitesten Sinne) einigermassen verschwunden war, versuchte die Wissenschaft die Fäden, welche das Verkehrsleben zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht herüber und hinüber gesponnen hatte, in ihrem Verlauf zu verfolgen und ihr Wesen zu erkennen.

Zu den öffentlich-rechtlichen Disziplinen, welche am weitesten in das Privatrecht hinübergreifen, gehört auch der Zivil-Prozess. Ein Verfahren, das einerseits auf staatlicher Autorität beruht, anderseits in den Dienst der Privatrechtsbeziehungen gestellt ist, muss den Prinzipien beider Rechnung tragen, und dieses Zusammentreffen der verschiedenartigen Prinzipien gibt dem Zivilprozess seinen eigenen Charakter. Wenn die ersten Anfänge, diesen Charakter zu untersuchen, vom Privat- und nicht vom öffentlichen Recht ausgingen, so hat dies seinen Grund in der innigen Verschmelzung von Privatrecht und Prozess, die dem römischen Recht eigen gewesen ist. Bei der damaligen hohen Entwickelungsstufe des Zivilrechts war es natürlich, dass vielfach Streifzüge in das Nachbargebiet gemacht wurden, die viel zu dessen Erschliessung beitrugen. Eine Folge davon war allerdings, dass privatrechtliche Begriffe die Grundlage der Untersuchungen bildeten, dass eigenartige Gestaltungen des Prozessrechts vielfach in die Formen des Zivilrechts gezwängt wurden, wodurch viel von der Eigenart des Prozessrechts verloren ging. Erst in neuester Zeit werden die prozessrechtlichen Begriffe aus dieser Abhängigkeit befreit und selbständig, d. h, aus der Idee des Prozesses heraus, konstruiert. So haben wir denn das Bild, dass die junge Prozess-Rechtswissenschaft Schritt für Schritt ihr Gebiet zurückgewinnen muss.

Zu jenen zurückeroberten prozessrechtlichen Instituten gehört auch das Geständnis, und wenn gerade dieses so heiss umstritten war, so erklärt sich dies aus der Wichtigkeit, welche die Lehre vom Geständnis für den Zivilprozess hat, die sich aber erst überblicken lässt, wenn man sich den Zweck des gesamten Prozesses und die Stellung des Geständnisses in demselben vergegenwärtigt.

Man definiert den Zivil-Prozess als ein rechtlich geordnetes Verfahren zwecks Durchsetzung (oder Feststellung) streitiger Privatrechtsansprüche. Das Wort „streitig“ ist es, das den Mittelpunkt der nun folgenden Erörterungen bilden soll und das uns die Wichtigkeit des Geständnisses für den Zivil-Prozess darlegen wird.

In Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Aufgaben stellt der Staat allen denen, die sich in ihrer Rechtslage benachteiligt oder gefährdet glauben, Organe zur Verfügung, die, unter der Autorität des Staates und mit Zwangsbefugnissen ausgerüstet, eine endgültige Regelung der Streitsache herbeiführen. Diese Organe üben ihr Amt nur auf Anrufen aus: hat doch der Staat kein unmittelbares Interesse daran, dass und wie die einzelnen ihr Interesse durchsetzen. Es ist nun ersichtlich, dass die Gerichte nur dort eingreifen müssen und dürfen, wo Streit ist, wo zwei Personen in entgegengesetzter Willensrichtung sich gegenüberstehen. Aber selbst hier unterliegt der staatlichen Prüfung nur derjenige Teil des Tatbestandes, bezüglich dessen die Parteien uneins sind.[1]) Hieraus folgt, dass das Gericht sich darüber informieren muss, was eigentlich der Gegenstand seines Wahrspruches sein soll; dies geschieht nun in der Weise,[2]) dass die Parteien einander gegenübergestellt werden nnd in freier Rede und Gegenrede den Sachverhalt vor dem sich zunächst rezeptiv verhaltenden Gericht aufrollen. Aus diesem von den Parteien erbrachten Material, in dem ungesichtet Behauptungen, Angriffe, Einwände etc. enthalten sind, hat nun das Gericht alle diejenigen Punkte, bezgl. deren Streit besteht, auszusondern, um sie zum Gegenstand der sachverständigen Begutachtung und

[1]) Wach, das Geständnis. (Arch. f. ziv. Pr. 64, S. 203.)
[2]) Wittmaack, das gerichtliche Geständnis. (Arch. f. ziv. Pr. 88, S. 6.)

Beurteilung zu machen. Als Grundlage für diese richterliche Tätigkeit dient das gesamte Material, wie es die Parteien vorgetragen haben, und innerhalb desselben, vorzugsweise diejenigen relevanten Tatsachen, bezgl. deren zwischen den Parteien Uebereinstimmung herrscht, sei es, dass sie einander entsprechende diesbezügliche Erklärungen abgegeben haben, sei es, dass aus ihrem gesamten Vorbringen und Verhalten diese Einigkeit hervorgeht. Es kann sich aber auch eine Partei darauf berufen, dass der Gegner bereits ausserhalb des Prozesses Erklärungen abgegeben hat, aus denen sich ergibt, dass seine Ansicht über die betreffende Tatsache mit der von seinem Gegner im Prozess vorgetragenen zusammenfällt.

Die Rechtswissenschaft unterscheidet danach zwischen dem gerichtlichen und dem aussergerichtlichen Geständnis, beides Institute, welche dem Zweck der Klärung nnd Konzentration des Prozessstoffes dienen.

Begegnen sich sonach diese beiden Institute in ihrem Wesen und Zweck, so sind sie doch bezgl. der Voraussetzungen und Wirkungen so verschieden, dass eine gemeinsame Behandlung auf eine Untersuchung ihrer Unterscheidungsmerkmale hinauskäme. Diese grundsätzliche Verschiedenheit in der Erscheinungsform beider Geständnisarten erklärt es auch, dass nur das gerichtliche Geständnis eine gesetzliche Regelung erfahren hat, während das aussergerichtliche der Wissenschaft und der Praxis überlassen blieb. Die Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen, in welchen das aussergerichtliche Geständnis im Verkehrsleben wirkt, liess eine allgemein gefasste Normierung nicht zu,[3]) noch viel weniger eine kasuistische, während

[3]) Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht. (Arch. f. ziv. Pr. 64, S. 15.)

das gerichtliche Geständnis im Verlauf des verhältnismässig eng umgrenzten Prozesses der juristischen Beobachtung und der Gesetzgebung viel zugänglicher sein musste. Trotzdem wäre die Auffassung verfehlt, als gehörte das aussergerichtliche Geständnis nicht in das Prozess-, sondern in das bürgerliche Recht. Gewiss! Vielfach erscheint es in Formen, welche zweifellos dem materiellen Recht angehören, allein seine spezifische Wirkung als Geständnis unter Beiseitelassung der materiellrechtlichen Wirkungen der betreffenden Rechtsakte verweist es doch in das Prozessrecht. Die Duplizität in der Wirkung dieser Rechtsakte hat viel dazu beigetragen, dass das aussergerichtliche Geständnis mit zivilistischem Massstab gemessen und zivilistisch konstruiert wurde.

Die Unmittelbarkeit der Erklärung konnte bei dem gerichtlichen Geständnis zu einer so intensiven Wirkung führen, dass die betreffenden Tatsachen nunmehr als feststehend behandelt werden müssen. Unvergleichlich häufiger aber als solche gerichtlichen Geständnisse sind im Verkehr des täglichen Lebens Erklärungen, in denen jemand eine ihm nachteilige Tatsache einem andern gegenüber einräumt. Derartige in den mannigfachsten Formen auftretende Erklärungen fasst man unter dem Namen „aussergerichtliche Geständnisse“ zusammen. Die Zivilprozess-Ordnung schweigt über dies gänzlich, denn sie bilden nur eine Gruppe der unzähligen rechtlich relevanten Tatbestände, die sich ausserhalb des Prozesses abspielen, daher keinen spezifisch prozessualen Charakter tragen, was aber nicht ausschliesst, dass sich ihre Wirkungen auch auf dieses Gebiet erstrecken.

Wenn man diese Gruppe von Tatbeständen mit dem gerichtlichen Geständnis unter der Bezeichnung als „Geständnis“ schlechthin in eine Kategorie bringt,

so hat dies seinen Grund in der unten zu besprechenden inneren Gleichartigkeit[4]) dieser beiden Erklärungsarten, die durch die Verschiedenheit der äusseren Erscheinungsform und der Wirkung nicht aus der Welt geschafft werden kann.

Diese innere Gleichartigkeit hat zur Folge, dass man das Wesen sowohl des gerichtlichen als des aussergerichtlichen Geständnisses von den gleichen Gesichtspunkten aus festzulegen suchte. Auch in der Lehre vom aussergerichtlichen Geständnis sind zwei Theorieen, die Verzichtstheorie und die Feststellungs-Willenstheorie, zu finden.

I. Begriff und Wesen des aussergerichtlichen Geständnisses.

a) Die Verzichtstheorie.

Wie ihr Name schon besagt, sieht die Verzichtstheorie auch im aussergerichtlichen Geständnis einen Verzicht auf ein Recht. Die herrschende Meinung erfordert zu einem wirksamen Verzicht Vertragsschluss des Berechtigten und des Verpflichteten, also Konsens der Parteien durch zwei sich begegnende Willenserklärungen. Vergegenwärtigt man sich, in welcher Form ein aussergerichtliches Geständnis gewöhnlich im Verkehr erscheint, so wird man es bereits von diesem Gesichtspunkte aus zurückweisen müssen, dass ein Vertrag in ihm zu erblicken sei. Es fehlt sehr häufig, ja, in den meisten Fällen an einer Annahme der Geständniserklärung durch den Gegner. Dies hat schon darin seinen Grund, dass die Geständnis-Erklärung

[4]) cf. Seuffert, Komm. z. Z.-P.-O. § 288, Anm. I b. — A. M. Wendt, Beweis und Beweismittel. (Arch. f. ziv. Pr. 63, S. 296.)

meist gar nicht auf die Abgabe eines solchen Geständnisses abzielt, sondern in andern rechtsgeschäftlichen Erklärungen etc. verborgen ist. Es wird niemand einfallen wollen, die so versteckte Geständnis-Erklärung herauszuziehen und zu sagen: Das hierin liegende aussergerichtliche Geständnis nehme ich hiermit an! Damit ist auch bereits der zweite Einwand gegen die Verzichts-Theorie gestreift: es muss nämlich zu den Erklärungen, die einen Vertragsschluss darstellen, nach allgemeiner Anschauung ein diesbezüglicher Wille verlangt werden: die Parteien müssen einen Vertrag schliessen wollen! Der Wille, die betreffende Erklärung abgeben zu wollen, ist zwar genügend, um die Erklärung als gewollt erscheinen zu lassen, nicht aber auch, um den bezweckten Erfolg herbeizuführen, m. a. W. zum Abschluss eines Vertrages ist neben dem Erklärungswillen ein auf den Vertragsschluss gerichteter Wirkungswille erforderlich. Dies muss ebenso für den Fall gelten, dass man für einen wirksamen Verzicht nur die einseitige Willenserklärung als erforderlich ansieht. Wie steht es nun mit diesem Willen bei dem aussergerichtlichen Geständnis? Er wird kaum jemals zu konstatieren sein. Weder wird der Gestehende den Willen haben, auf irgend etwas zu verzichten, noch der Gegner, hierauf einzugehen. Im Gegensatz zum Prozess, in welchem die Anwesenheit des Gerichts, die gesamte Umgebung und der allgemein bekannte Zweck der Verhandlung dem einzelnen das Gewicht seiner Erklärung voll zu Bewusstsein bringen und zur Vorsicht mahnen, wird ein aussergerichtliches Geständnis häufig unter Umständen abgelegt, die dem Betreffenden gar nicht zum Bewusstsein bringen, dass er einen rechtlich bedeutsamen Tatbestand verwirkliche. Hier wird aus Prahlerei oder im Uebermut eine

Tatsache zugegeben, ohne dass auch nur der Schimmer einer Vorstellung davon vorhanden zu sein braucht, dass damit dem Gegner ein in einem künftigen Prozess wirksames Beweismittel in die Hand gegeben werde. Die Beteiligten wissen ja gewöhnlich noch nichts davon, dass zwischen ihnen ein Prozess schweben wird, und da will man ihnen einen Verzichtsvertrag unterschieben. Das ist eine so entlegene, gekünstelte Konstruktion, dass dieser Gedanke allein die Verzichtstheorie unannehmbar machen könnte.

Jedoch, selbst wenn man über diese Bedenken hinwegsähe, so würde doch die Verzichtstheorie an der Frage scheitern, was eigentlich der Gegenstand des Verzichts sei. Hier trennen sich bereits die Anhänger dieser Lehre: während die einen als Gegenstand das Recht auf Beweis durch den Gegner annehmen (so Grolmann und Gönner!), verzichtet nach andern der Gestehende auf das Recht der „Verteidigung durch blosse Verneinung". Wie bereits erwähnt, zeigt sich gerade an dieser Stelle der unheilvolle Einfluss einer Uebertragung zivilrechtlicher Begriffe auf Gebiete, welche dem öffentlichen Recht angehören. Aus dem Umstande, dass Kläger, wenn er mit seinem Anspruch durchdringen will, die klagbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen muss, schuf man eine Beweispflicht, welcher nach zivilrechtlichen Begriffen naturgemäss ein Recht auf den Beweis gegenüberstehen musste: so wurde aus dem „onus probandi" eine „obligatio probandi". Wer allerdings das Subjekt dieser obligatio wäre, darüber herrschte Streit. Diejenigen, denen das Bewusstsein von dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Prozesses noch nicht ganz geschwunden war, bezeichneten den Staat als den Berechtigten: ihm gegenüber bestehe die Beweispflicht, deren Erfüllung er im öffentlichen Interesse zu fordern habe.

Es wäre aber höchst merkwürdig, dass das Gesetz dem Berechtigten kein Mittel in die Hand gibt, um sein Recht wirklich durchzuführen, wenn der Staat auch immerhin demjenigen, der den Beweis nicht antritt, Nachteile in der Sache selbst androht. Allein, wenn man den Schuldner prügelt, hat man immer noch nicht die Leistung erhalten, und so erscheint denn das Recht des Staates „als ein Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt". (Ihering.)

Vollends rätselhaft wird die Sachlage, sobald nun die Verzichtstheorie erscheint und behauptet, der Gestehende verzichte auf das Recht, das der Staat gegenüber der andern Partei hat, also auf ein Recht, das einem Dritten zusteht.

Andere stellen als Berechtigten die gestehende Partei auf. Diese habe ein Recht auf den Beweis durch den Gegner und verzichte durch das Geständnis auf diese Beweisführung. Allein es ist nicht ersichtlich, wo die Prozessordnung der Partei das Recht auf den Beweis[5]) zuteilt. Aus der Tatsache, dass jemand etwas tun muss, folgt noch nicht, dass ein anderer ein Recht darauf hat: man denke an die Auflage im Zivilrecht. Und auch hier gilt das oben Gesagte, dass ein Recht ohne Mittel zu seiner Durchsetzung ein leerer Schall ist. Wenn der beweisfällige Gegner Rechtsnachteile erleidet, so ist das nicht Strafe für eine Pflichtverletzung, sondern eine vom Recht an die Tatsache der Beweisfälligkeit geknüpfte Folge, die sich darauf stützt, dass ohne genügende tatsächliche Unterlage ein Urteil nicht ergehen kann, das Gericht aber im Zivil-Prozess zu eigener Tätigkeit in dieser Richtung nicht befugt ist. Das Erbringen des Beweises ist nicht Erfüllen einer Pflicht, sondern Voraussetzung für das Durch-

[5]) Wittmaack a. a. O., Seite 23; Holtzendorff, Rechtslexikon, I, S. 705.

dringen einer Klage. Wäre es nun nicht widersinnig, einer Partei ein Recht darauf zu geben, dass der Gegner eine Handlung vornimmt, deren Unterlassung ihm selber Rechtsnachteile brächte?

Betrachten wir nun die Verzichtstheorie im Sinne Plancks: Hier ist Gegenstand des Verzichts das Recht der „Verteidigung durch reine Verneinung". Um die Unhaltbarkeit auch dieser Ansicht nachzuweisen, sind noch einige Vorfragen zu erledigen.

Nach der herrschenden Ansicht[6]) ist Verzicht das Aufgeben eines Rechts durch Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten. Mit Recht macht Bülow[7]) darauf aufmerksam, dass die Rechtswissenschaft nicht mit dem im gewöhnlichen Leben üblichen Begriff des Verzichts operieren dürfe, nach welchem jedes bewusste Versäumen einer Möglichkeit als Verzicht gilt. Denn die Wissenschaft müsste konsequenterweise darüber hinausgehen und auch das unbewusste Nichtausnutzen einer Möglichkeit darunter begreifen.[8])

Die Vertragsnatur des Verzichts ist allerdings nicht unbestritten. Es wird ihr entgegengehalten, dass es ungerechtfertigt erscheint, dem lediglich passiv Beteiligten eine Mitwirkung einzuräumen mit Rücksicht darauf, dass der Gläubiger über sein Recht als Bestandteil seines Vermögens frei muss verfügen dürfen, ebenso, wie er sich des Eigentums an Sachen durch einseitige Handlung entledigen kann. Denn die Verfügungsbefugnis sei stets Ausfluss eines subjektiven Rechts. Die rechtlich gewährte Möglichkeit, das Recht zu übertragen, zu belasten und aufzuheben, folgt

[6]) cf. Motive z. B. G.-B. II, S. 116; A. L.-R. I, 16, § 379 in Verb. m. § 388; Unger in Grünhuts Zeitschr. 15, S. 560, a. M. Meissels in Grünhuts Zeitschr. 18, 669.

[7]) Bülow, Geständnisrecht, S. 27.

[8]) So Hölder, Zeitschr. für deutschen Zivilprozess, 28, S. 403.

aus der Stellung des Berechtigten als des Inhabers einer vom objektiven Recht gewährleisteten Willensbefugnis. Darum muss es dem Berechtigten freistehen, durch einseitige Handlung und in Ausübung seiner Befugnisse die Quelle derselben endgültig zu schliessen, d. h. sich des Rechts zu entäussern. Würde man sich also der Ansicht anschliessen, dass zum Verzicht einseitige Willenserklärung genüge, so würde das Bedenken eines mangelnden Vertrages fortfallen; denn nach allgemeiner Ansicht bedarf das aussergerichtliche Geständnis zu seiner Wirksamkeit nicht der Annahme durch den Gegner.

Dagegen muss man doch zweifellos das Erfordernis einer Erklärung des Verzichtswillens aufstellen. Gewöhnlich weiss die Partei nichts von der Möglichkeit, durch ihr Bestreiten den Gegner zum Beweise zu drängen, kann also auch gar nicht den Willen haben, hierauf zu verzichten.[9])

Selbst wenn der Verzichtswille aber vorliegt, wird er kaum jemals geäussert werden, und der ungeäusserte Wille ist nach allgemeiner Ansicht nicht im stande, verändernd in fremde Rechtssphären einzugreifen.

Sieht man aber hierüber hinweg, so erhebt sich immer noch ein schwerwiegendes Bedenken gegen die Verzichtstheorie. Es ist die Frage, ob die Wissenschaft berechtigt ist, die oben entwickelten, für den zivilrechtlichen Verzicht aufgestellten Lehren auf Tatbestände des Prozessrechts anzuwenden, ob die sogenannten „Prozessrechte“ überhaupt Rechte in der Bedeutung von verzichtbaren, subjektiven Berechtigungen sind oder ob das Hineinspielen öffentlichrechtlicher Gesichtspunkte ihnen diesen Charakter nimmt und damit ihre Verzichtbarkeit ausschliesst.

---

[9]) cf. Wittmaack a. a. O. S. 45.

Wie bereits erwähnt, tritt der Staat nur auf Anrufen einer Partei in Tätigkeit: er nötigt niemand zur Durchführung seiner Rechte, niemand zur Verteidigung; die Freiheit, die den einzelnen, besonders in Ansehung ihrer vermögensrechtlichen Verhältnisse, gelassen ist, wird durch den Prozess in keiner Weise beeinträchtigt. Weder der Staat, noch die Gegenpartei hat ein Recht auf eine bestimmte Tätigkeit der betreffenden Partei. Allerdings muss diese die Konsequenzen ihrer Handlungsweise tragen: diese sind mehr oder weniger empfindlich und können in manchen Fällen in Abweisung der Klage resp. in einer Verurteilung bestehen. Es steht mit dieser Freiheit der Parteien durchaus nicht im Widerspruch, dass das Gesetz in vielen Fällen sagt: Der Kläger oder der Beklagte hat dieses oder jenes zu tun, z. B. in § 292 Z.-P.-O. Damit ist nicht gesagt, dass er hierzu verpflichtet wäre und eventl. ein Zwang in dieser Richtung auf ihn ausgeübt würde, sondern es bedeutet nur, dass, falls diese Handlung überhaupt vorgenommen wird, sie gerade von dieser Partei vorzunehmen ist. Ob sie aber vorgenommen wird, bleibt dem Ermessen derselben überlassen. Was die Folge des Tuns oder Nichttuns ist, bestimmt das Prozessgesetz, sie tritt ein, unabhängig von dem Willen der Partei, ihren Absichten und Zielen, lediglich als Folge des gesetzlichen Tatbestandes,[10]) dass diese Handlung vorgenommen oder unterlassen wurde. Von einer „Prozess-Pflicht" kann also nicht die Rede sein, und es rechtfertigt sich also auch nicht, die privatrechtlichen Vorschriften und Anschauungen über die Verpflichtung auf den Prozess anzuwenden. Dieser kennt keine Pflichten, die eine Erfüllung verlangen,[11]) sondern

[10]) cf. Kohler, Krit. Viertels.-Schrift 22, S. 358.
[11]) A. M. Wach, Das Geständnis. (Arch. f. ziv. Pr. 64, S. 211.)

nur Lasten, die niemand zu übernehmen braucht. Demnach ist auch der Schluss, dass diesen Lasten subjektive Rechte gegenüberstehen, unberechtigt: Das Recht kennt keine Verbindlichkeiten, deren Erfüllung oder Nichterfüllung im Belieben des Verpflichteten steht. Subjektive Rechte ohne ein Verlangendürfen sind ein Nonsens.

Was bisher als „Prozessrechte" bezeichnet wurde, das sind Möglichkeiten, die das Prozessgesetz einer Partei eröffnet und von denen sie nach Belieben Gebrauch machen kann. Auch hier treten die Folgen ein ohne Willen und Wissen der Parteien. Es sind lediglich Befugnisse,[12]) Handlungen einer bestimmten Art vorzunehmen, Befugnisse, denen eine Verpflichtung nicht entspricht, auf deren Durchführung also ein subjektives Recht nicht gegeben sein kann; denn ein solches setzt begrifflich eine Person voraus, gegen die sich das Verlangendürfen richtet. Was also im Privatrecht als Verpflichtung und Berechtigung erscheint, figuriert in ähnlicher Form im Prozess als „Last" und „Befugnis". Diese beiden Begriffspaare können aber bei den tief greifenden Verschiedenheiten ihres Wesens nicht nach denselben Regeln und Gesichtspunkten behandelt werden. Vor allem muss jeder Versuch, Last und Befugnis zueinander in ähnliche Beziehungen zu setzen wie Recht und Pflicht, als unbegründet zurückgewiesen werden.

Sobald Last und Befugnis aber ohne einen Zusammenhang nebeneinander herlaufen, ist nicht einzusehen, wie jemand auf sein Recht, auf Beweis durch den Gegner soll verzichten können. Denn verzichten kann man nur auf ein Recht, nicht auch auf die Last, die ein anderer zu tragen hat, zumal diese nicht der

[12]) cf. Pollak, Das gerichtliche Geständnis im Zivilprozess (1893) S. 25, A. M. Planck, Lehrbuch 1, S. 319.

Parteiwillkür entspringt, sondern unmittelbar vom Gesetz aufgelegt ist, und die Partei nicht gehalten ist, sie überhaupt auf sich zu nehmen.

Nach Planck[13]) verzichtet man nun aber auf das „Recht der Verteidigung durch reine Verneinung". Statt Recht haben wir zunächst „Befugnis" oder „Möglichkeit" zu setzen und dann die Frage aufzustellen, ob man auf diese verzichten kann.

Auf diese Frage gibt uns die Herkunft der Befugnisse Aufschluss. Das eine ist klar: sie stammen nicht aus dem Verkehrsleben, sind nicht durch Vertrag oder andere zivilrechtliche Erwerbsarten unser geworden. Es liegt nahe, sie von dem Beginn unserer prozessualen Tätigkeit zu datieren, von unserer Einlassung auf den Prozess. Allein dagegen spricht, dass eine Partei, die sich um den eingeleiteten Prozess gar nicht kümmert und sich „kontumazieren" lässt, diese Befugnisse doch zweifellos auch hat: die rechtliche Möglichkeit steht ihr offen; eine Tätigkeit in dieser Richtung ist nicht erforderlich. Wir werden schliesslich zu dem Resultat kommen müssen, dass sie aus dem öffentlichen Recht stammen und einer jeden rechtsfähigen Person anhaften, wie ihr die Rechtsfähigkeit von Geburt an zusteht. Mit all den Rechten und Pflichten, die dem Kind mit der Geburt kraft Gesetzes anwachsen, erwirbt es auch die Prozess-Befugnisse, die allerdings erst aktuell werden, wenn die Person in einen Prozess verwickelt worden ist. Sie sind ein Ausfluss der staatlich garantierten Möglichkeit, seine Persönlichkeitssphäre mit ihrem ganzen Inhalt nach individuellem Ermessen einzurichten. Diese Summe von „Rechtseigenschaften" ist ein dauerndes Besitztum der Person, das nur in den gesetzlich be-

[13]) Planck, Lehrbuch des Zivilprozesses. Band I, Seite 317. Aehnlich Hölder. (Zeitschr. f. deutschen Zivilprozess 28, S. 397.)

stimmten Fällen eingeschränkt werden darf, und zwar nur durch denjenigen, der sie verliehen hat: den Staat. Daraus folgt aber, dass durch eigene Willenstätigkeit diese Qualifikation nicht verloren gehen kann: auf Rechte kann man verzichten, aber ihr Urgrund, die „Rechtsgestaltungskraft" der Person ist ein unverzichtbares, der Person adhärierendes Element, das nicht etwa auch als subjektives Recht zu konstruieren ist;[14]) die verschiedenen Formen, in denen sich nun diese Rechtsgestaltungskraft der Person zeigt, sind natürlich gleichfalls der Verfügung ihres Trägers entzogen. Wie sollte er auch über sie verfügen, da er nur kraft ihrer verfügen kann. Bezüglich der Handlungsfähigkeit ist dies durch mehrere Urteile massgebender Gerichte ausgesprochen worden: es gibt keine Selbstentmündigung.[15]) Was das Gesetz an Prozessbefugnissen bietet, ist ein der Parteiwillkür entzogenes, unverzichtbares Gut. Die Theorie, dass das Geständnis ein Verzicht auf das „Recht der Verteidigung durch reine Verneinung" ist, muss also von diesem Gesichtspunkt aus zurückgewiesen werden.

Gegenüber diesen tief im Wesen des Prozessrechts begründeten Einwänden Bülows gegen die Verzichtstheorie erscheint mir sein Bedenken, dass das Geständnis eine Bejahung sei, während der Verzicht ein Aufgeben — etwas Negatives — enthalte, mehr die äussere Form zu treffen. Jedoch bedarf es dieses Argumentes auch nicht, um die Verzichtstheorie als unannehmbar erscheinen zu lassen. Die mangelnde Präzision des Begriffes „Nichtbestreitenwollen", sowie der öffentlich-rechtliche Charakter der Prozessbefugnisse und ihre dementsprechende Unverzichtbarkeit genügen, um der Definition Plancks die Basis zu entziehen.

---

[14]) Bülow, a. a. O., S. 37.

[15]) cf. Seufferts Archiv 15, 136; 43, 92; 18, 125; E. R.-G. 4, 165.

Die Ansichten über den Gegenstand des Verzichts gehen ferner auseinander. Die einen nehmen das Recht auf den Beweis als solchen an. Hiergegen sprechen alle die Bedenken, die bei dem gerichtlichen Geständnis erhoben werden, noch in verstärktem Masse. Der schon mehrfach erwähnte Mangel eines solchen Rechts nimmt dieser Ansicht ihren ganzen Halt. — Was den Beweis anlangt, ist der eine ebensowenig verpflichtet, wie der andere berechtigt. Demjenigen, der hier verzichten soll, fehlt das Recht — das Objekt des Verzichts —, und der andere Teil, welcher sich mit diesem objektlosen Verzicht — wohlgemerkt ohne diesbezüglichen Willen und Erklärung — einverstanden erklären soll, hatte ohnehin schon die (prozessrechtliche) Befugnis, zu tun, was er wollte.

Nach anderen wird auf das Recht der Bestreitung verzichtet. Auch hiergegen wurde schon die unverzichtbare Natur der prozessualen Befugnis ins Feld geführt. Niemand kann sich ihrer mit der Wirkung entäussern, dass die Vornahme der betreffenden Handlung vom Gericht als unzulässig zurückgewiesen werden musste. Als Befugnisse öffentlich-rechtlicher Natur unterliegen sie nicht der Verfügung ihrer Subjekte. Dies alles lässt sich der Verzichtsnatur des gerichtlichen Geständnisses entgegenhalten, einem prozessrechtlichen Vorgang, der die Parteien den Ernst der Sachlage zweifellos erkennen lässt. Um wieviel mehr muss dies von dem aussergerichtlichen Geständnis gelten, das bei seiner absoluten Formlosigkeit das Auge der Parteien ja gar nicht auf seine rechtliche Bedeutung hinzuweisen vermag. So ausserordentlich wichtige Befugnisse, wie es die Bestreitungsbefugnis doch zweifellos ist, dem Verkehr des täglichen Lebens preisgeben, hiesse sie zum Spielball des Zufalls und der Unbesonnenheit machen. Gesetzt nun,

dem Nichtbestreitungsvertrage wäre vom Gesetze die Wirkung zugeschrieben, dass er ein ihm widersprechendes Bestreiten wirkungslos machte. Beriefe sich der Gegner nun auf das aussergerichtliche Geständnis, d. h. den Vertrag, so müsste er doch zweifellos dessen Abschluss beweisen. Er hätte also lediglich einen Beweis an Stelle des andern zu führen, ein Ergebnis, das nicht so berückend erscheint, als dass man damit die mannigfachen Widersprüche dieser Theorie in den Kauf nehmen möchte.

Und hiermit gelangen wir zu der Erörterung einer Frage, welche vielfach umstritten und von den verschiedensten Gesichtspunkten aus beleuchtet worden ist, nämlich zu der Frage nach der Zulässigkeit von Beweisverträgen. Dieser Begriff, dessen Abgrenzung bisher noch nicht durchgeführt worden ist, erscheint als die Maske, unter welcher sich das Privatrecht in das Gebiet des Zivil-Prozessrechts einschlich und ihm einen Teil seines Gebietes zu entziehen suchte.

Es handelt sich hier zunächst um die prinzipielle Frage, ob die Regelung der Beweislast privatrechtlicher oder prozessrechtlicher Boden sei. Zwar sind die Grundsätze hierüber grösstenteils im bürgerlichen Recht gegeben. Allein die Natur ihrer Wirksamkeit weist sie in das Zivil-Prozessrecht.[16]) Wenn es im Gesetz heisst, dass eine Person etwas zu beweisen habe, so ist dies an sich, d. h. auf die privatrechtliche Stellung der Person, völlig ohne Einfluss; die Rechtswirkungen, die das Gesetz an die betreffende Tatsache knüpft, treten ohne Rücksicht auf die Verteilung der Beweislast ein. So lange dieser rechtliche Tatbestand noch nicht vor das Forum gebracht worden ist, denkt kein Mensch an diese Normen, vermisst sie

[16]) cf. Mugdan, Materialien z. B. G.-B. II, S. 387. — Kohler in Gruchots Beiträgen 31, S. 306; a. M. E. R. G. 6, S. 413

keiner. Die Zeit ihrer Wirksamkeit ist noch nicht gekommen. Sie entfalten ihre Bedeutung erst, sobald Streit zwischen den beiden Parteien besteht, und zwar nicht ein privater, sondern der Streit in der staatlich dargebotenen Form des Prozesses. Dann werden diese Normen aktuell, ihre bisher latente Kraft zeigt sich nunmehr in der endgültigen Regelung der Frage: wer hat zu beweisen? Welche eminente Wichtigkeit dieser Frage zukommt, erhellt, wenn man sich die Schwierigkeit einer Beweisführung vergegenwärtigt. Der Schwerpunkt der Beweislastfrage liegt also im Prozess, und wenn das Privatrecht dieselbe regelt, so hat dies seinen Grund darin, dass die Einfügung derartiger Bestimmungen in den privatrechtlichen, angeführten Tatbestand viel bequemer war, als eine Aufzählung in der Z.-P.-O., wohin derartige Bestimmungen eigentlich gehören.

Unendlich viele Rechtsbeziehungen des täglichen Lebens werden abgewickelt, ohne dass ein Rechtsstreit und damit die Beweislastfrage heraufbeschworen wird. Aber es gibt keinen Prozess ohne diese Frage. Diese Untrennbarkeit der Beweisfrage von dem Prozess ist der beste Beweis dafür, dass man auf diesem Gebiet und aus den daselbst herrschenden Rechtsgedanken heraus das Wesen der Beweislast ergründen müsse.

Hat man aber erst einmal die Beweislastfrage den Vorschriften des Prozessrechts unterstellt, so folgt daraus zunächst die Unzulässigkeit, sog. „Beweislastverträge“, in denen die Beweislast abweichend von der gesetzlichen Regelung festgestellt werden soll. Nach dem allerdings nicht allgemein anerkannten Grundsatz, dass im Prozess alles verboten sei, was nicht ausdrücklich gestattet ist[17]), muss man annehmen,

[17]) cf. Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. 18, S. 237; Pollak, a. a. O., S. 48.

dass alle diesbezügl. Vorschriften, die sich im bürgerlichen Recht vorfinden — als ihrem Wesen nach prozessuale — zwingender Natur sind, m. a. W. der Abänderung durch die Parteiwillkür entzogen. Vereinbart A mit B, dass das Gegenteil der Tatsache, die nach dem Gesetz von ihm zu beweisen wäre, von B bewiesen werden muss, so hat, wenn es zu einem Prozess kommt, der Richter trotzdem von A den Beweis zu verlangen, falls dieser mit seinem Anspruch durchdringen wolle. Ueber eine privatrechtliche Verpflichtung kann man disponieren, über eine prozessuale Last dagegen nicht.

Aus andern Gesichtspunkten, aber mit der gleichen Entschiedenheit — ist die Zulässigkeit der eigentlichen Beweisverträge zu verneinen.[18]) Diese Verträge haben zum Gegenstand nicht die Frage, wer zu beweisen hat, sondern ob der Betreffende zu beweisen hat, m. a. W. ob er sich, statt den Beweis einer behaupteten Tatsache anzutreten, darauf berufen kann, er habe mit dem Gegner vereinbart, dass diese Tatsache auch ohne Beweis als bewiesen gelten solle. Ferner, ob er sich der Bestreitung oder einer Behauptung des Gegners gegenüber auf einen Vertrag stützen dürfte, kraft dessen der Gegner diese Tatsache nicht bestreiten oder behaupten solle. Es ist ja begrifflich nicht ausgeschlossen, dass eine Gesetzgebung den Richter an derartige Parteivereinbarungen ausserhalb des Prozesses bindet. Allein es fragt sich hier nur, ob dies den Grundgedanken unseres Zivil-Prozesses entspricht.

Dieser beruht auf dem Prinzip, dass der Richter unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen nach freier Ueberzeugung über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache zu ent-

[18]) Kohler, a. a. O., S. 304; ebenso Mugdan z. B. G.-B. I, S. 562.

scheiden hat. Gesetzt nun, der Beweispflichtige berufe sich auf einen oben erwähnten Beweisverzichtsvertrag. Wäre er durch einen solchen seiner Beweislast entledigt — wie etwa durch ein gerichtliches Geständnis des Gegners —, so müsste der Richter ohne weitere Prüfung diese Tatsache als feststehende Unterlage für seine Beurteilung des Streitfalles ansehen. Allein wie oben gezeigt, ist die Beweislast der Verfügung des Beweispflichtigen entzogen, die Parteien können hierüber nichts vereinbaren, daher steht der Betreffende nun vor der Alternative, entweder zu beweisen oder abgewiesen zu werden. — Gesetzt, er stützt sich gegenüber dem gegnerischen Vorbringen auf einen Nichtbestreitungs- oder Nichtsbehauptungsvertrag. Hat dieses für den Richter die Wirkung, dass er das Vorbringen des Beklagten nicht beachten darf? Das würde dem oben erwähnten Grundsatz widersprechen, dass der Richter den gesamten Inhalt der Verhandlung in Betracht zu ziehen hat. Keine Abmachung der Partei, und mag sie vom Standpunkt des Privatrechtlers auch unbedingt zulässig sein, darf den Richter hindern, diesen Fundamentalsatz ausser acht zu lassen. Der Richter ist keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfen, und nun wollte man ihn zwingen, zu berücksichtigen, was den Parteien beliebt! Welche Rolle würde ein Richter spielen, wenn die Parteien ausserhalb des Prozesses über seine Ueberzeugung paktieren könnten?[19]) Ganz abgesehen davon erscheint es nicht ratsam, den Parteien die Antizipation von Prozesshandlungen zu gestatten.[20]) Damit würden diese ihre Gewichtigkeit und demgemäss ihre eigentümlich bindende Kraft verlieren, die ohne Rücksicht

[19]) cf. Wach a. a. O., S. 218; Kohler a. a. O., S. 301.

[20]) cf. Bülow, Dispositives Zivilprozessrecht. (Arch. f. ziv. Pr. 64, S. 67.)

auf den Willen der Partei, lediglich auf Grund des erfüllten Tatbestandes eintritt. Könnten die Parteien durch einen Beweisvertrag ein gerichtliches Geständnis antizipieren, so wäre das eine unförmliche Verbindung von privatrechtlicher Entstehung und prozessrechtlicher Wirkung. Denn als zivilrechtlicher Vertrag unterstände er allen Normen des bürgerlichen Rechts über Willensmängel etc. Anderseits aber würde er die Wirkung haben, dass die betreffende Tatsache eines Beweises nicht bedürfe, resp. die, dass eine Behauptung oder eine Bestreitung, die dem Inhalt des Vertrages widerspricht, vom Richter nicht in Betracht gezogen oder als unzulässig zurückgewiesen würde, wie Windscheid[21]) dies ausdrücklich verlangt.

Wenn man[22]), um die Zulässigkeit derartiger Beweisverträge zu begründen, die im Obligationenrecht herrschende Vertragsfreiheit heranzieht, so muss demgegenüber bemerkt werden, dass die gesamte Beweisfrage nicht dem bürgerlichen, vielmehr dem Prozessrecht angehört. Und hier dürfte wohl kaum jemand von einer Vertragsfreiheit sprechen.

Es ist endlich sogar das ebenso entlegene wie naive Argument angeführt worden, dass der Beweisvertrag, der doch die Mitwirkung von zwei Personen erfordere, gegenüber der Einseitigkeit des gerichtlichen Geständnisses das plus darstelle und ihm deshalb mindestens dieselbe Wirkung zukommen müsse, wie dem letzteren.[23]) Ueber diese prinzipielle Verkennung des qualitativen Unterschiedes zwischen einseitiger Prozesshandlung und privatrechtlichem Vertrag braucht man kein Wort zu verlieren.

---

[21]) Windscheid, Pandekten II, S. 768, ebenso v. Canstein, Anerkennung und Geständnis (Zeitschr. f. deutsche Ziv.-Pr. I, S. 271); a. M. Seuffert, Komm. z. Z.-P.-O., § 138, Anm. 3.

[22]) So Planck, Komm. z. B. G.-B. II, § 368, Anm. 5.

[23]) Seuffert in d. Zeitschr. f. deutsch. Ziv.-Pr. II, S. 202 ff.

Vielfach fasst man den Begriff des Beweisvertrages dahin, dass vereinbart wird, es soll eine Tatsache als bewiesen gelten, vorbehaltlich des Gegenbeweises, m. a. W., nicht der Kläger hat seine Klagbegründung zu beweisen, sondern der Gegner das Nichtvorliegen der klagbegründenden Tatsachen, falls er den Anspruch entkräften will. Das ist offenbar eine Verschiebung der Beweislast, welche diesen Vertrag trotz seiner Fassung als Beweisvertrag in die Kategorie der Beweislastverträge stellt. Wie aber bereits hervorgehoben, ist „das Prozessrecht selbst da, wo es Möglichkeiten statuiert, erschöpfend," und wenn die Z.-P.-O. das Verhalten der Parteien ihrem Ermessen überlässt, so ist doch damit nicht gesagt, dass sie gegen die bestehenden Prozessnormen handeln dürfen, die ja zwingender Natur sind. — „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest."

Es ist darauf aufmerksam gemacht worden, dass sich ein privatrechtlicher Vertrag zuweilen in die Form eines Beweisvertrages kleidet und dass dann die Gültigkeit eines solchen nicht zu bezweifeln sei. So richtig auch das letztere ist, so muss doch bezweifelt werden, dass die betreffenden privatrechtlichen Verträge lediglich die Form eines Beweisvertrags annehmen. Man muss vielmehr vermuten, dass in irgend einer Form ein Beweisvertrag in ihnen enthalten sei. Es wäre nicht einzusehen, zu welchem Zweck die Parteien einem rein materiellrechtlichen Vertrag ein prozessuales Kleid anziehen wollten, wenn sie nicht bereits im Hinblick auf einen zukünftigen Prozess den Vertrag formulieren und ausgestalten. Es wird niemand einfallen, in einem Vertrag von Beweis etc. zu sprechen, wenn er nicht für den Fall eines Prozesses bereits im voraus Massnahmen treffen will. Denn wie oben dargelegt, ist die ganze Beweisfrage für die materielle

Rechtslage irrelevant. Wo man also in einem Vertrag Beweisfragen erörtert findet, muss man nicht sowohl die Modifikation der Form untersuchen, als vielmehr des Inhalts, der ja mit Beweisverträgen durchsetzt sein kann. Diese Frage knüpfte sich an die häufigen Klauseln der Versicherungsverträge, nach welchen nur derjenige Schaden vergütet werden solle, der in einer bestimmten Form nachgewiesen werden könne. Viele sehen hierin keinen Beweisvertrag und behaupten: die Beweisführung in der vertraglich bestimmten Art sei nur eine zivilrechtliche Voraussetzung der Schadensersatzpflicht. Es soll m. a. W. in derartigen Vereinbarungen keine Qualifikation in der Durchsetzung des Ersatzanspruchs, sondern nur eine Beschränkung seines Gegenstands zu erblicken sein. Es werde Ersatz geleistet, nicht, wenn mit bestimmten Beweismitteln der Schaden nachgewiesen sei, sondern der Schaden, soweit er in dieser Weise festgestellt werde.[24]) So bestechend diese Argumentierung zunächst erscheint, sie hält gegenüber den prozessrechtlichen Bedenken nicht stand.

Es soll zunächst untersucht werden, ob es sich hier wirklich nur um eine Beschränkung des Gegenstands der Ersatzpflicht handelt. Das Wesen des Versicherungsvertrags geht darauf hinaus, dem Geschädigten Ersatz zu verschaffen. Dieser ist nun abhängig von der Höhe des Schadens und der Höhe der Versicherung. Soll der Schaden aber nur auf bestimmte Weise nachgewiesen werden können, so würde der Betroffene möglicherweise den Schaden in voller Höhe, möglicherweise gar nicht ersetzt erhalten, je nachdem er den Beweis in dieser bestimmten Art führen könnte oder nicht; der Vertrag geht aber auf Ersatz des

[24]) cf. Sydow-Busch, Zivil-Prozessordn., § 286, Anm. 5.

Schadens schlechthin. Die Bestimmungen über die Beweisführung werden erst akut, sobald es zum Beweise kommt, und zwar zum Beweis vor Gericht — was im übrigen zwischen den Parteien vorgeht, ist hier gleichgültig. Der Betroffene legt seinen Schaden dar, der Versicherer wendet ein, der Gegner dürfe nach dem Vertrage nur den Schaden liquidieren, den er mit bestimmten Beweismitteln nachweisen könne. Das Gericht hat nun zu erwägen, dass der Vertrag seinem Wesen nach auf einen durch den Wert der geschädigten Sachen limitierten Schadenersatz gehe und dass es anderseits alles in der Verhandlung Vorgebrachte zu berücksichtigen habe. Wenn also die Parteien vereinbaren, was nicht auf bestimmte Weise bewiesen wäre, sei nicht zu ersetzen, so liegt darin eine Einschränkung der Beweismittel, die den Richter nicht binden kann,[25]) m. a. W. ein Beweisvertrag. Dass dieser sich hier nicht auf die Frage, ob und von wem zu beweisen ist, bezieht, sondern darauf, wie zu beweisen ist, bleibt gleichgültig. In jedem Falle sind derartige Verträge ein Eingriff in die freie richterliche Ueberzeugung. Auch das sonstige Vorbringen kann ja in ihm die Ueberzeugung wachrufen, dass der vom Betroffenen dargelegte Schaden in vollem Umfange wirklich eingetreten sei. Und trotzdem sollte er nur zu einem Teile einen Ersatzanspruch anerkennen? Das wäre nicht nur prozessualisch unzulässig, sondern würde auch im Verkehrsleben zu einer Ausbeutung der Versicherten durch die Versicherer führen. Die Beteiligten dürfen eben nicht in dem Richter ein gefügiges Werkzeug ihrer Parteiinteressen erblicken, und es ist Sache der Wissenschaft, Gebilde, wie es die Beweisklauseln darstellen, ihrer

[25]) cf. E. R. G. 20, S. 402.

Macht über die Ueberzeugung des Richters zu entkleiden.[26])

Unter die Beweisverträge sind auch die sogenannten Geständnis-Verträge, sowie die Anerkennungsverträge zu rechnen. Während sich der Nichtbestreitungsvertrag darauf richtet, dass der Verpflichtete im Prozess ein rein passives Verhalten beobachten werde, um dadurch die Folgen eines fingierten Geständnisses herbeizuführen, geht der Geständnisvertrag dahin, dass der Gegner positiv gewisse Tatsachen zugeben solle. Der Anerkennungsvertrag verpflichtet die eine Partei sogar zum Anerkennen des gesamten Anspruchs. In allen Fällen wird direkt oder indirekt der Beweis ausgeschlossen oder beschränkt, sie alle sind daher den Beweisverträgen zuzurechnen und demnach als prozessualisch unwirksam zu bezeichnen.

Aber nicht etwa in der Weise, dass ein vertragsgemässes Verhalten im Prozess nun das Gericht veranlassen müsste, das Gegenteil des Vorgebrachten anzunehmen, also z. B. bei einem Geständnis auf Grund eines Geständnisvertrags ein Bestreiten anzunehmen. Das würde dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime widersprechen, dass der Richter sich an das Vorbringen der Parteien zu halten hat.

Vielmehr muss der Richter die Sachlage so behandeln, als existierte der Beweisvertrag nicht. Die Prozesshandlungen sind vollkommen abstrakt — was ihnen zu grunde liegt, ist irrelevant. Lediglich auf die Erklärung der Parteien hat der Richter Gewicht zu legen. Hält sich eine Partei an die Bestimmungen eines Beweisvertrages, so ist dies ihre Sache. Handelt sie dem Beweisvertrag zuwider, so darf dessen Vor-

[26]) cf. Ehrenzweig a. a. O., S. 238, der sich auch auf Kohler beruft.

liegen den Richter an der Beachtung des Vorgebrachten nicht hindern. Vollkommene Gleichgültigkeit ist gegenüber derartigen Verträgen die Devise des Richters. Allein noch sind es viele Stimmen, die sich für die Zulässigkeit und prozessuale Wirksamkeit solcher Verträge erheben.

Die prozessuale Wirksamkeit ist es, auf die hier das Hauptgewicht gelegt worden ist. Wenngleich oben auch auf die m. E. gleichfalls gegebene materielle Unzulässigkeit hingewiesen worden ist, von dem Gesichtspunkt der prozessualen und damit zwingenden Natur der Beweislastnormen aus, so ist doch dieses nicht unbestritten, so dass man über die Gegenansicht nicht vollständig schweigen darf.

Hält man derartige Verträge für privatrechtlich erlaubt,[27]) so muss man ihnen zweifellos auch materiellrechtliche Wirkung beilegen. Diese darf aber nicht in den Prozess hinübergreifen. So bleibt denn als einzige, noch in Betracht kommende Wirkung derartiger Verträge die Schadensersatzpflicht[28]) im Falle der Zuwiderhandlung. Es muss aber immer wieder darauf hingewiesen werden, dass selbst bei zivilrechtlicher Zulässigkeit von Beweisverträgen eine Reflexwirkung auf den Prozess nicht zugegeben werden kann.[29]) An dieser Frage hat sich so recht der Unterschied zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichrechtlichen Prozess gezeigt, der zu der These führt: „Dass prozessualische Rechte nur durch Prozess-Akte (Handlungen oder Unterlassungen), nicht durch Verträge verloren werden können." (Seuffert: Zeitschr. f. deutsch. Z.-Pr. 11, 204.)

[27]) cf. Pollak, a. a. O., S. 51; Ehrenzweig, a. a. O., S. 231.
[28]) Seuffert in der Zeitschr. f. deutsch. Ziv.-Pr. 11, S. 204.
[29]) cf. Wendt im Arch. f. ziv. Pr. 63, S. 297.

b) Die Theorie des Feststellungswillens.

Gegenüber der Verzichtstheorie sieht die sogen. „Feststellungswillens-Theorie“ in dem aussergerichtlichen Geständnis keinen Vertrag. Auch hier sind in Ermangelung positiver Gesetzesbestimmungen verschiedene Ansichten zu verzeichnen, welche aber das eine gemeinsam haben, dass sie die Wirkung des aussergerichtlichen Geständnisses zu der Willensrichtung der geständigen Partei in Beziehung setzen und unter Umständen durch ein aussergerichtliches Geständnis vollen Beweis erbracht wissen wollen.

Diese „Dispositions-Theorieen“ gehen davon aus, dass im allgemeinen ein aussergerichtliches Geständnis nur als eine Aeusserung angesehen werden könne, die im Prozess als Indiz zu verwerten sei. Allein damit stehe nicht im Widerspruch, wenn unter gewissen Umständen einer derartigen Aeusserung solches Gewicht beizulegen ist, dass der Richter in ihr vollen Beweis der betreffenden Tatsache zu erblicken habe.

Ein solcher Umstand liege nun vor, wenn sich bei der gestehenden Partei ein Verfügungswille in irgend welcher Form feststellen lasse, der Wille, verändernd auf die Rechtswelt einzuwirken, sei es, dass sie dem Gegner ein Beweismittel in die Hand geben will, sei es, dass sie die Tatsache dadurch ein für allemal feststellen und ihr Vorliegen der richterlichen Kognition entziehen will.

Die Absicht, dem Gegner ein Beweismittel einzuräumen, wird zur Begründung der Disposivnatur des aussergerichtlichen Geständnisses z. B. von Renaud verlangt. Wie oben bemerkt, ist es nicht als zulässig anzusehen, ein gerichtliches Geständnis ausserhalb des Prozesses vornehmen zu lassen. Dadurch verlöre es seinen Charakter als „gerichtliches Geständnis“. Nun kann aber eine Partei der anderen gegenüber Er-

klärungen abgeben, welche, wegen ihrer Absicht, dem Gegner im Prozess einen Vorteil zu gewähren, als so gewichtig angesehen werden müssen, dass sie im stande sind, einen Beweis zu ersetzen.[30]) Dies nun soll das Wesen des aussergerichtlichen Geständnisses sein. Renaud motiviert seine Auffassung damit, dass nur, wenn die gestehende Partei das Bewusstsein von der Tragweite ihrer Erklärung gehabt hätte, ein ernst zu nehmendes Beweismittel vorliege, auf das sich der Richter in seinem Urteil unbedenklich stützen könne. Es ist nicht zu leugnen, dass derartige Fälle eines Verfügungswillens im täglichen Leben vorkommen. Allein dies sind Ausnahmen. Die Regel ist, dass der Erklärende durchaus nicht die Absicht hat, dem Gegner ein Beweismittel gegen sich auszuliefern: er denkt ebensowenig an einen Verzicht, wie an eine solche Beweismittelübergabe. Dass eine solche in der Erklärung zu suchen sei, ist aus dieser selbst niemals zu entnehmen. Wie soll der Gegner eine derartige Absicht feststellen können und wie soll sich der Richter über deren Vorliegen vergewissern? Ist aber ein Unterschied zwischen diesem aussergerichtlichen Geständnis und den sonstigen einräumenden Erklärungen erst einmal gemacht, so ist eine derartige Feststellung nicht zu umgehen. Handelt es sich doch um die Frage, ob neben dieser Erklärung noch eine Beweiserhebung erforderlich ist oder ob sie eine solche überflüssig macht!

Dieser animus confitendi findet sich in etwas abgeschwächter Form auch in der Geständnis-Willens-Theorie, die hauptsächlich von Wach vertreten wird. Wie bei dem gerichtlichen Geständnis sucht er auch hier die Idee zu verwerten, dass eine Erklärung, die

[30]) So Wetzell, a. a. O., § 22, S. 201; Windscheid, a. a. O., II, S. 766 I; a. M. Wendt, a. a. O., S. 298.

in der Absicht, „die Tatsache unangesehen ihre Wahrheit als wahr gelten zu lassen," abgegeben ist, kraft des diese Erklärung beherrschenden Willens den erklärten Tatbestand schaffe, so dass der Richter eines weiteren Beweises nicht bedarf. Schon die Tatsache, dass zwei gleichlautende Erklärungen je nach dem innern Beweggrunde von ganz verschiedenen rechtlichen Folgen sein können, ist ein offensichtlicher Mangel aller derartiger Theorieen. Es handelt sich dann stets um schwierige und unkontrollierbare psychische Vorgänge, die einem Beweis gewöhnlich unzugänglich sein werden. Jedoch hiervon abgesehen, knüpft sich an eine solche Annahme eine Fülle von Fragen und Bedenken, hauptsächlich praktischer Natur, so dass eine Verwertung derselben durch den Richter ebenso schwierig wie unbefriedigend wäre.

Vor allem muss hier das Verhältnis der Erklärung zu der Wahrheit der eingeräumten Tatsache untersucht werden. Von vornherein ist da zu bemerken, dass in der übergrossen Mehrzahl der Fälle von irgend welchen Vorstellungen über die Bedeutung der Erklärung keine Rede ist, dass noch viel häufiger als bei dem gerichtlichen Geständnis das Motiv zur Abgabe der Erklärung der blosse Wahrheitstrieb ist, der gerade hier um so impulsiver wirkt, als kaum jemals die Umstände, unter denen die Erklärung erfolgt, dem Betreffenden den Ernst der Sachlage und die Bedeutung der Erklärung für einen künftigen Beweis zu Gemüte führen werden, wie dies im Prozess der Fall ist. Um der Wahrheit die Ehre zu geben, werden gerade aussergerichtliche Geständnisse in den meisten Fällen abgegeben werden. Wo die Ueberzeugung von der Wahrheit des Zugestandenen vorhanden ist, da wird aber kein Raum für die bereits eine juristische Vorbildung voraussetzende Vorstellung sein, dass die

Tatsache unangesehen ihrer Wahrheit als wahr gelten solle. Denn derjenige, welcher von der Wahrheit der Tatsache überzeugt ist, wird eine stärkere Vorstellung als die der Wahrheit nicht begreifen können; Wahrheit in diesem subjektiven Sinne der Ueberzeugung ist ihm der Gipfelpunkt der Gewissheit, da er nicht gewohnt ist, gegenüber seiner Ueberzeugung mit möglicherweise unterlaufenden Irrtümern zu rechnen. Eine solche Eventualitätswahrheit ist mit der Psychologie des normalen, mitten im Verkehr des Lebens stehenden Menschen nicht vereinbar.

Es lässt sich aber anderseits zunächst nichts dagegen einwenden, dass eine derartige Absicht bei bewusster Erklärung einer unwahren Tatsache als wahr vorliegen könne.[31]) Es ist sehr wohl denkbar, dass der Erklärende die Tatsache ohne Rücksicht auf ihre Wahrheit will gelten lassen, auch für den Fall eines künftigen Prozesses. Allein damit ist noch nicht gesagt, dass er von der Rechtsordnung nun auch alsbald seiner Absicht gemäss behandelt würde. Gegenüber so zwingenden Normen, wie es die Prozessvorschriften sind, erscheint ein — dazu eventuell ungeäusserter — Wille noch nicht als massgebend. Demnach wird nicht davon die Rede sein können, dass auf Grund dieses Willens eine Bindung des Erklärenden eintrete, die ihn hindere, in einem Prozess die Wahrheit der für wahr erklärten Tatsache zu leugnen, m. a. W., in dem auf Grund einer Dispositionsabsicht abgelegten aussergerichtlichen Geständnis ist ein Verzicht auf künftige Bestreitung nicht zu erblicken.

Wollte man aber die Bindung in der Weise eintreten lassen, dass der Gegner nunmehr ein Recht erwerbe, kraft dessen der Erklärende in einem Prozess

31) cf. Wach, a. a. O., S. 227; Windscheid, a. a. O., S. 667.

die Tatsache gegen sich als wahr gelten lassen muss, so käme man wieder auf die Konstruktion eines Beweisvertrags, dessen Wirksamkeit oben bereits in Abrede gestellt ist. Wie sollte aber der Richter eine Tatsache als voll bewiesen ansehen, deren Bestreitung der einen Partei jederzeit freisteht, die ihm also in jedem Moment die Grundlage seines Urteils entziehen könnte; dann käme es ja zu einer Beweisaufnahme über die „vollbewiesene Tatsache" und evtl. würde dann die Unrichtigkeit der „vollbewiesenen Tatsache" zutage treten. Wir sehen bereits, der animus confitendi ohne eintretende Bindung ist nicht geeignet, vollen Beweis der zugestandenen Tatsache zu begründen, selbst wenn es sich bewusstermassen um unwahre Tatsachen handelt. Wäre dem aussergerichtlichen Geständnis die Wirkung beizulegen, dass die betreffende Tatsache vorbehaltlich des Gegenbeweises als voll bewiesen von dem Richter angenommen werden sollte, so käme das auf eine Verschiebung der Beweislast hinaus; eine Verfügung über diese durch die Parteien ist aber nach dem oben Ausgeführten unzulässig.

Auch hier muss zweifellos zugegeben werden, dass der Feststellungs-Wille im Sinne Wachs durchaus nicht selten ist, ferner, dass er auch auf die Wirkung des aussergerichtlichen Geständnisses von Einfluss sein kann. Dagegen ist in keinem Fall zuzugeben, dass durch ein aussergerichtliches Geständnis voller Beweis mit bindender Kraft für den Richter begründet werden könne.

Im Anschluss an die Erörterung der Feststellungs-Willens-Theorie sei noch kurz ein Punkt erwähnt, welcher geeignet ist, die verschiedene Richtung der Geständnistheorieen zu charakterisieren. Das ist die viel bestrittene Frage nach der Beweiskraft der Quittung.

Es ist eine bekannte Tatsache, dass gerade Quittungen sehr oft ausgestellt werden, ohne dass eine entsprechende Leistung erfolgt ist, sei es, dass ein Schulderlass oder eine Schenkung bezweckt, sei es, dass die nachfolgende Tilgung der Schuld erwartet wird. Nach der Verzichtstheorie verzichtet der Aussteller durch die Uebergabe der Quittung auf das Recht, vom Gegner Beweis der Zahlung in einem künftigen Prozess zu verlangen, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Planck scheidet hier zwischen der Quittung als Willens- und als Wissens-Erklärung. Letztere sei lediglich Beweismittel, erstere dagegen Verzicht auf den Beweis oder auf das Recht der Bestreitung. Bei einem derartigen Beweisvertrage wäre eine Bestreitung im Prozess unwirksam.[32]) Man nimmt (mit Windscheid) vielfach an, dass überall da, wo der Aussteller von der Wahrheit der in der Quittung bezeugten Tatsache überzeugt sei, diese Wahrheit stillschweigende Voraussetzung der abgegebenen Erklärung sei und dass darum mit dem Beweis der Unwahrheit jener Tatsache auch die Beweiskraft der Quittung erlöscht. Wo also der Dispositions- oder Verfügungswille fehle, sei die Quittung stets ein den Gegenbeweis zulassendes[33]) und durch ihn zu entkräftendes Beweismittel. Wo sich aber der Wille nachweisen lasse, dass die Tatsache unangesehen die Wahrheit als wahr gelten solle, da widerspreche der Gegenbeweis dem in der Quittung geäusserten Willen und könne diese daher nicht in ihrer Beweiswirkung beeinträchtigen.

---

[32]) cf. Schollmeyer, Komm. z. B. G.-B. II, Vorb. z. § 368.

[33]) ibid. Staudingen, Komm. z. B. G.-B. II, § 368, Anm. 3; Planck, Komm. z. B. G.-B. II, § 368, Anm. 5c; Fischer-Henle, Komm. z. B. G.-B., § 368, Anm. 4; ebenso Endemann!

Zur Begründung dieser Ansicht wird geltend gemacht, dass es ja andernfalls jedem freistehe, eine z. B. in der Absicht des Schulderlasses ausgestellte Quittung durch den Beweis, dass die Zahlung nicht erfolgt sei, zu entkräften und damit nach Belieben von dem Erlassvertrage zurückzutreten. Anderseits sei es in den Fällen, in welchen die nachträgliche Erfüllung der in der Quittung bereits bezeugten Tatsache erwartet wurde, wie es bei den üblichen „quittierten Rechnungen“ zum Beispiel der Fall ist, durchaus nötig, einen Gegenbeweis mit entkräftender Wirkung zuzulassen Man rechtfertigt dies im Sinne der vorerwähnten Theorie damit, dass der Betreffende zwar nicht in der Ueberzeugung von der Wahrheit, wohl aber in der Erwartung des Wahrwerdens die Quittung ausgestellt und sich damit seines Rechts auf den Gegenbeweis nicht begeben habe.

Dies Resultat, zu dem die erwähnten Theorieen gelangen, lässt sich aber auch ohne die Zuhilfenahme von immanenten Beweisverträgen und verschiedener Willensrichtungen erreichen. Es erscheint auch wenig dem wirklichen Leben entsprechend, wenn man einem ehrsamen Schuhmacher eventl. den Willen „die Tatsache unangesehen ihre Wahrheit als wahr gelten zu lassen“ oder „auf das Recht des Beweises vorbehaltlich des Gegenbeweises zu verzichten“ unterschieben wollte, ganz abgesehen davon, dass kein Anhänger jener Theorieen darlegt, woraus der Wille dieser oder jener Art ergründet werden sollte. Und schliesslich hat auch das richterliche Ermessen eine Grenze und kann in Ermangelung eines Beweises nicht sagen, was der Aussteller sich bei der Ausstellung der Quittung gedacht habe.

c) Theorie der Wahrheitserklärung.

Nach der hier vertretenen Ansicht, dass in dem aussergerichtlichen Geständnis nur eine Wahrheitserklärung zu sehen ist, stellt sich die Quittung dar als ein Schriftstück, welches weder die Zulässigkeit eines Gegenbeweises, noch die Frage der Beweislast beeinflusst, sondern lediglich im Prozess als Beweismittel dient, dessen Wert je nach den Umständen vom Richter festgestellt werden muss.[34])

Würde man gegen diese Begriffsbestimmung einwenden, dass sie einem Gläubiger, der die Quittung ausstellte, um dem Schuldner die Schuld zu erlassen, noch jederzeit den Gegenbeweis gestatte und so dem befreiten Schuldner niemals volle Gewissheit darüber schaffe, ob er nicht doch noch einmal zahlen müsste; wenn man dies einwendet, so verkennt man die prinzipielle Selbständigkeit des Erlassvertrages, der sich lediglich in die Form einer Quittung kleidet, ohne dass sein Bestand von deren Beweiskraft abhängig wäre.[35]) Der Erlassvertrag erfordert keine bestimmte Form. Wenn hier die Parteien die Absicht haben, das Schuldverhältnis durch Erlass aufzulösen, so geschieht dieses kraft des Vertragsschlusses, d. h. der Aeusserung eines beiderseitigen auf den Erlass gerichteten Willens. Dass hier die Form des Gebens und Nehmens einer etwas Unwahres bezeugenden Quittung die Aeusserung des Erlasswillens enthält, nimmt dem Vertrag nichts von seiner Gültigkeit. Durch den Beweis, dass eine Zahlung nicht erfolgt sei, wird die Quittung als Beweismittel entkräftet, als die äussere Form eines wirksam abgeschlossenen Erlassvertrages bleibt ihr Geben und Nehmen wirksam, sofern der

[34]) cf. Motive z. B. G.-B. II, S. 116.

[35]) cf. Fischer-Henle, a. a. O. § 397, Anm. 3.

Empfänger beweist, dass beiderseits dieser Wille vorgelegen habe.

Ebenso wird den anderen Fällen, in welchen ein Verzichts- oder Feststellungswille vorliegt, auch durch die Auffassung der Quittung als einer Wahrheitsbezeugung Rechnung getragen, sobald man nur die Unabhängigkeit der nebenher abgegebenen Willenserklärung von der Quittung festhält und deren Wirkung von der Beweiskraft der Quittung emanzipiert.

Diese grundsätzliche und scharfe Trennung von Quittung und eventl. daneben abgeschlossenem Erlassvertrag steht natürlich im krassen Gegensatz zu einer direkten Identifizierung der beiden, wie sie von Collatz versucht worden ist.[36]) Seine kühne Argumentierung lautet etwa: die Quittierung kann kein Beweismittel sein, denn sie ist kein natürliches Beweismittel, weil in der Regel (!) die Quittungen der Wahrheit zum Trotz (!!) ausgestellt werden und Unrichtiges bezeugen. Sie sind auch keine gesetzlichen Beweismittel, da das Gesetz sie nirgends ausdrücklich hierzu erhebt. Wenn die Quittung ein Beweismittel nicht ist, so kann sie nur Schuldtilgungsvertrag sein, m. a. W. der negative Anerkenntnisvertrag des § 397 II B. G.-B. und Quittung müssen ein und dasselbe sein. (!) — Hiergegen ausdrücklich Kuhlenbeck![37])

Haben wir erst die prinzipielle Zulässigkeit eines Gegenbeweises gegen den Inhalt einer Quittung angenommen, so ergibt sich auch der Inhalt des Gegenbeweises von selbst. Der Wille des Ausstellers kann ganz aus dem Spiel bleiben. Es ist zu beweisen, dass die Zahlung weder vor, noch Zug um Zug gegen Uebergabe[38]) der Quittung erfolgt sei. Behauptet der

[36]) cf. Collatz. (Iherings Jahrbücher 40, S. 137.)
[37]) cf. Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, § 368, Anm. 4.
[38]) Windscheid, a. a. O., S. 778.

Empfänger, dass durch Geben und Nehmen der Quittung in diesem Falle ein Erlassvertrag abgeschlossen sei, so hat er dieses natürlich zu beweisen.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist — wie schon erwähnt — das aussergerichtliche Geständnis gleich dem gerichtlichen eine schlichte Wahrheitserklärung. Der Gestehende sagt nichts über seinen Willen aus, sondern nur, dass die betreffende Tatsache wahr sei. Selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, dass der Erklärende derartige Zusätze macht; aber sie sind dem aussergerichtlichen Geständnis nicht begriffswesentlich, wenngleich sie bei der Schätzung des Beweiswertes in Anschlag zu bringen sind und so die Wirkung des aussergerichtlichen Geständnisses beeinflussen. Gegenüber dem gerichtlichen Geständnis, das mit seiner Prozesshandlungsnatur die stärkere Wirkung der Beweissparung verbindet, erscheint das aussergerichtliche als das auf einer niederen Stufe stehende, tiefer organisierte Urbild des Geständnisses, das nur gerade die Gattungsmerkmale aufweist (Bülow). Sobald man sich darüber klar geworden ist, dass das gerichtliche Geständnis seinem Charakter als Prozesshandlung die erhöhte Wirksamkeit verdankt, erklärt sich auch die Erfolglosigkeit aller Versuche, das aussergerichtliche Geständnis mit gleicher Wirkung zu bekleiden. Nicht der Wille ist es, der das gerichtliche vom aussergerichtlichen Geständnis unterscheidet — denn bei beiden kann er in derselben Form auftreten — sondern die Anwesenheit des Gerichts bei der Abgabe. Mag man noch so abenteuerliche Konstruktionen an dem Willensmoment bei dem aussergerichtlichen Geständnis vornehmen, es ist und bleibt eine ausserprozessuale Handlung, die eben deswegen auch niemals einen Beweis ersparen könnte. Im letzten Grunde aber stehen gerichtliches und

aussergerichtliches Geständnis einander ausserordentlich nahe. Sie sind beide Wahrheitserklärungen über eine dem Erklärenden nachteilige Tatsache.

II. Die Geständniserklärung.

Zum aussergerichtlichen Geständnis gehört eine Erklärung. Bei der Vielgestaltigkeit der Erklärungsformen im Verkehrsleben ist die genaue Abgrenzung dieses Begriffes nicht möglich. Immerhin wird man soviel festsetzen können, dass eine durch die normalen Ausdrucksmittel (Schrift, Sprache, konventionelle Zeichen) der Aussenwelt mitgeteilte Vorstellung, welche natürlich mehr oder weniger klar im Innern des Erklärenden ausgeprägt sein kann, nötig ist. Sie muss sich darauf beziehen, dass die betreffende Tatsache wahr sei. Wahr natürlich nur in dem oben besprochenen subjektiven Sinne. Mit der Vorstellung ist nicht die Ueberzeugung der Wahrheit zu verwechseln. Während das erstere lediglich eine verstandesmässige Kombination zweier Begriffe darstellt, tritt bei der Ueberzeugung der feste Glauben an die Realität dieser Kombination — gleichsam als Bestärkung — hinzu. Hierin liegt ein wichtiger Fingerzeig für die Beurteilung des aussergerichtlichen Geständnisses. Wird vom Richter festgestellt, dass die Ueberzeugung der Wahrheit bei Abgabe der Erklärung nicht vorhanden war, so kann er in deren Inhalt lediglich ein Gedankenspiel sehen, welches des subjektiven Moments entbehrt und das jeder andere gleichfalls vornehmen könnte, dessen Wert daher auch nicht in der Vornahme gerade durch diese Person liegen kann. Hierum handelt es sich aber bei dem aussergerichtlichen Geständnis. Es ist eine Erklärung gerade einer bestimmten Person, und weil sie von dieser Person herrührt, wird ihr eine Bedeutung für

den Prozess zugeschrieben. Drückt also die Person ihrer Erklärung nicht den Stempel der Subjektivität auf, so ist sie auch kein Hinweis auf die Wahrheit dieser Tatsache. Denn Wahrheit ist kein Begriff, der sich durch die äusserliche Zusammenstellung mit einem Objekt zu etwas Realem machen liesse. Es erfordert stets das subjektive Element eines Glaubens an das wirkliche Bestehen dieser Verknüpfung.

Diese Erwägung kann bei dem gerichtlichen Geständnis übergangen werden. Das formale Element, das die Erklärung im Prozess zweifellos hat, erübrigt dies; einesteils deshalb, weil der Prozess auf die inneren Vorgänge wenig gibt und geben kann, sondern sich mehr an die Erklärung selbst hält, anderseits, weil der besonders gewichtige, entscheidende Charakter des Prozesses einen Widerspruch zwischen inneren Vorgängen und der Erklärung seltener auftreten lässt, indem Scherz, Unbesonnenheit und mangelnde geistige Reife bei der Beurteilung der Wichtigkeit einer Erklärung im allgemeinen ausscheiden.

Dagegen sind diese Faktoren ausserordentlich einflussreich auf dem Gebiete, dem auch das aussergerichtliche Geständnis angehört, nämlich dem täglichen Leben. Darum sind alle derartigen Momente hier einzeln zu berücksichtigen und hinsichtlich ihres Einflusses auf die Ueberzeugung von der Wahrheit des Zugestandenen zu untersuchen. Sie müssen natürlich bei demjenigen vorhanden sein, welcher die Erklärung abgibt, und dies bringt uns zunächst auf die Vorfrage, wer ein aussergerichtliches Geständnis ablegen kann.

Im allgemeinen wird dies die zukünftige Prozesspartei sein. Sie ist der unmittelbar Beteiligte und ihre Ueberzeugungserklärung kann demnach allein massgebend sein. Dies ist zweifellos, solange es sich um eine vollgeschäftsfähige Person handelt. Wie aber,

wenn dies nicht der Fall und ein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist? Es treten nunmehr zwei Ueberzeugungen auf den Plan. Diejenige der Partei muss zweifellos massgebend bleiben: denn nicht nur gereifte Leute haben eine solche, auch das Kind, auch der Geistesschwache, ja, sogar der Geisteskranke kann zweifellos von der Wahrheit einer Tatsache überzeugt sein. Dass diese Ueberzeugung mehr oder weniger berechtigt ist, tut nichts zur Sache. Hier ist der subjektive Massstab des intensiven Glaubens an die Realität der Tatsache massgebend.

Anderseits kann aber auch die Ueberzeugung des gesetzlichen Vertreters nicht ignoriert werden. Seine Beschäftigung mit Angelegenheiten des Mündels setzt ihn zweifellos in die Lage, sich über viele Tatsachen eine Ueberzeugung zu bilden. Und da er zu allen — selbst verpflichtenden — Akten und Erklärungen für das Mündel berufen ist, so wird man dies auch für das aussergerichtliche Geständnis gelten lassen müssen, das ja nur möglicherweise und nur indirekt auf die Rechtslage des Mündels einwirken kann. So lange nur eine der beiden Ueberzeugungen erklärt wird oder beide übereinstimmen, sind hiergegen Bedenken nicht geltend zu machen. Wie aber, wenn sie sich widersprechen, etwa im Umfang des Zugestandenen oder bezügl. der Zeit, des Ortes oder eines sonstigen Nebenumstands? Wie überhaupt, so muss auch hier das richterliche Ermessen den Beweiswert der beiden Erklärungen festsetzen. Denn davon, dass eine Ueberzeugung der anderen prinzipiell vorausgeht, kann keine Rede sein. Der Richter wird hierbei vor allem das Alter des Mündels berücksichtigen müssen, zunächst nach der Richtung der Urteilskraft, ferner aber auch nach dem Bewusstsein des Interesses, das das Mündel bezügl. seiner Rechtslage zeigt. Hiernach

wird sich bei einem urteilsfähigen Kinde der naive Wahrheitsdrang als besonders gewichtig herausstellen gegenüber der interessierten Beurteilung durch den gesetzlichen Vertreter. Anderseits kann sich die Ueberzeugung des Kindes nur auf einfache Tatsachen beziehen, die sich seiner Beobachtung aufdrängen; dagegen ist überall, wo es sich um Rechtsbegriffe handelt, die Ueberzeugung des gesetzlichen Vertreters gewichtiger. Kommt der Richter bei widersprechenden Erklärungen zu einem: non liquet, so dürften sie sich wohl gegenseitig entkräften.

Wenn wir nun den Einfluss von Willensmängeln auf das aussergerichtliche Geständnis zu betrachten haben, so muss vorausgeschickt werden, dass zunächst die Erklärung als solche gewollt werden muss, m. a. W., dass der Erklärungswille nicht fehlen darf. Andernfalls liegt ein Geständnis überhaupt nicht vor. Insbesondere gilt dies von der Erklärung eines Bewusstlosen, völlig Geistesumnachteten, sowie in den Fällen des Sich-Verschreibens- oder -Versprechens. Ergibt sich ein derartiger Mangel des Erklärungswillens, so ist der erfolgten Aeusserung vom Richter keine Wirkung beizulegen.

Hiermit ist nicht zu verwechseln das „entschlüpfte Geständnis". Dieses darf sehr wohl beachtet werden[39]) und wird einen besonders starken Hinweis auf die Ueberzeugung des Geständigen darstellen: wer einen Moment die Utilitätsrücksichten vergisst, wird im allgemeinen seine wahre Ueberzeugung zum Ausdruck bringen.

Ein bewusster Zwiespalt zwischen Erklärung und Ueberzeugung hindert stets das Vorliegen eines aussergerichtlichen Geständnisses. Hierher gehören zunächst

[39]) Wendt, a. a. O., S. 298 ff.

Scherz und Simulation. In diesen Fällen gibt der Erklärende aus eigenem Antrieb die seiner Ueberzeugung widersprechende Erklärung ab, während es in den Fällen der Drohung und des Zwanges unter dem Druck fremden Einflusses geschieht. Es ist ersichtlich, dass hier die Wirkung der abgegebenen Wahrheitserklärung leichter zu beseitigen sein wird, da die beeinflussenden Momente der Aussenwelt angehören, während es z. B. sehr schwierig sein wird, den Richter von dem Mangel der Ernstlichkeit zu überzeugen.

Dagegen äussert seine wahre Ueberzeugung, wer sich im Irrtum über den Inhalt der Erklärung befindet; allein er äussert sie bezüglich eines anderen Umstandes, als des hier in Betracht kommenden. Weist also der Gestehende einen solchen Irrtum nach, so entkräftet er damit seine Aussage. Gleichgültig ist es, worauf der Irrtum beruht. Ein Missverständnis kann der Wahrheitserklärung ihre Wirkung ebenso rauben, wie eine nachgewiesene Täuschung. Da es hier nur auf die Uebereinstimmung zwischen Erklärung und Ueberzeugung ankommt, so ist es gleichgültig, wer die Täuschung verübt hat, dagegen muss sich der erregte Irrtum auf den Inhalt der Erklärung erstrecken. Es genügt z. B. nicht, dass man jemand durch eine Täuschung zum Geständnis einer Tatsache verleitet, von deren Wahrheit er überzeugt ist. In diesem Falle wird durch den Nachweis der Täuschung das Geständnis nicht entkräftet. Es wurde früher für erforderlich gehalten, dass das Geständnis gegenüber der anderen Partei abgegeben werde.[40]) Heute ist man allgemein anderer Ansicht. Der Gegner kann sich auch auf ein Geständnis Dritten gegenüber be-

[40]) cf. Wendt, a. a. O, S. 296; Heusler, Grundlagen des Beweisrechts. (Arch. f. ziv. Pr. S. 219.)

rufen. Denn sobald man in dem aussergerichtlichen Geständnis keine obligierende oder bindende Aeusserung sieht, sondern eine auf Grund der Ueberzeugung abgegebene Wahrheitserklärung, so muss man es als gleichgültig ansehen, wem gegenüber sie erfolgt. Im allgemeinen wird ein der anderen Partei gegenüber abgegebenes Geständnis grössere Beweiskraft haben, als das einem Dritten gegenüber abgelegte. Jedoch muss der Richter den Beweiswert eines aussergerichtlichen Geständnisses im einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller Umstände festsetzen.

Eine Annahme des Geständnisses ist nicht erforderlich. Wie käme der Gegner auch dazu, sich mit der Ueberzeugung des Geständigen einverstanden zu erklären? Der Tatbestand der Wahrheitserklärung ist mit Abgabe derselben abgeschlossen. Und wie stände es mit der Annahme, wenn das Geständnis einem Dritten gegenüber erfolgt, der ja zu einer Entgegennahme gar nicht befugt wäre? Ganz abgesehen davon, dass die Beteiligten in den seltensten Fällen die Natur einer Aeusserung als eines aussergerichtlichen Geständnisses kennen: denn diese Natur wird ja erst im Prozess offenbar.

Wie schon erwähnt, kann das aussergerichtliche Geständnis in den verschiedensten Formen auftreten, ohne dass sein Vorliegen an solche gebunden wäre. Jeder Vertrag — auch der nichtige, anfechtbare, unwirksame — kann ein solches Geständnis enthalten, ebenso jede sonstige Willenserklärung. Auch in einem als solchen ungültigen Beweisvertrag kann es gefunden werden[41]) und ersetzt dann die absolute Wirkung desselben durch seine, wenn auch schwächere beweisende Kraft. Wenn sich z. B. eine Partei ver-

[41]) Seuffert, Komm. z. Z.-P.-O., § 138 Anm. 4.

pflichtet hat, die Echtheit einer Urkunde im Prozess nicht zu bestreiten, so kann darin eine aussergerichtliche Anerkennung der Echtheit gefunden werden.

Auch Prozesshandlungen können ein aussergerichtliches Geständnis beherbergen. So ist vor allem das gerichtliche Geständnis, welches in einem Prozess abgegeben wird, für einen anderen Prozess[42]) aussergerichtliches Geständnis, das allerdings wegen der besonderen Vorsicht, die bei Abgabe von Prozesserklärungen beobachtet zu werden pflegt, gewöhnlich eine stärkere beweisende Kraft haben wird, als das oft leicht hingeworfene aussergerichtliche Geständnis des täglichen Lebens. Jedoch wird auch hier auf das Ueberzeugungsmoment Gewicht gelegt werden müssen. Hat jemand nachgewiesenermassen wider seine Ueberzeugung ein gerichtliches Geständnis abgelegt, so wird man diesem keine Beweiskraft zusprechen dürfen, denn es ist anzunehmen, dass er in jenem Prozess mit dem Geständnis besondere Zwecke verfolgte, und es erscheint nicht gerechtfertigt, ihm in einem andern Prozess ähnliche Absichten unterzuschieben.

Ob das fingierte Geständnis in einem anderen Prozess als aussergerichtliches Geständnis verwendet werden kann, ist bestritten. M. E. fehlt bei völligem Schweigen das Charakteristikum des aussergerichtlichen Geständnisses, die Aussage von der Ueberzeugung. Dagegen kann eine Erklärung, welche zu unbestimmt ist, um als gerichtliches Geständnis zu gelten, und darum die Wirkung des § 138 Z.-P.-O. eintreten lässt, sehr wohl ein aussergerichtliches Geständnis enthalten. Aus bloss negativem Verhalten darf aber nicht auf eine Wahrheitsüberzeugung ge-

[42]) ibid. § 288 Anm. 1; a. M. Weiske, Rechtslexikon IV, S. 808.

schlossen werden. Wenn Schweigen in dem betreffenden Prozess die Ersparung des Beweises zur Folge hat, so ist dies weniger durch irgend einen Schluss aus dem Verhalten der Partei auf die Wahrheit der Tatsache motiviert, als vielmehr durch Erwägungen prozessökonomischer Natur. Dagegen wird dies hinsichtlich des Eides zweifellos angenommen werden müssen.[43]) Der Eid ist dasjenige Beweismittel, das mit der Ueberzeugung am innigsten verknüpft ist. Wer einen Eid geleistet hat, lieferte damit zugleich ein aussergerichtliches Geständnis von höchstem Beweiswert. In vielen Fällen wird dieses aussergerichtliche Geständnis nicht in Wirksamkeit treten, weil der Geständige die Tatsache späterhin selten bestreiten wird, um sich nicht dem Verdacht des Meineides auszusetzen. Kommt es aber nicht zum Beweis, so wird das aussergerichtliche Geständnis nicht aktuell. Ferner wird das Nichtannehmen oder Zurückschieben eines Eides vielfach eine Indiz für oder gegen die Wahrheit einer Tatsache abgeben. Dasselbe muss dann angenommen werden, wenn ein Eid wegen der Offizialnatur des Verfahrens oder gewisser Prozessteile die beweisende Wirkung nicht zu äussern vermag. Hier wird er immerhin ein starkes Indiz bilden, und zwar nicht nur für einen andern, sondern auch in dem vorliegenden Prozess. Dieselbe doppelte Wirkung zeigen Geständnisse und sonstige Erklärungen im Prozess, welche bei dem Mangel einer weitgehenden Wirkung, z. B. in Ehe-, Entmündigungs-Status-Sachen (§ 617 u. s. w. S.), ihre Bedeutung als Indizien behalten nach dem Grundsatz, dass alles innerhalb der Verhandlung Erklärte vom Richter berücksichtigt werden muss.

[43]) cf. E. R. G. 43, S. 424; ibid. 34, S. 310.

Da das Gesetz sich jeder Vorschrift über die Beweiskraft aussergerichtlicher Geständnisse enthält,[44]) wird man annehmen können, dass ein schriftliches aussergerichtliches Geständnis ein stärkerer Beweisgrund sein wird,[45]) als ein bloss mündliches. Denn beim Niederschreiben kann man eine eingehendere Ueberlegung unterstellen, d. h. ein Vergleichen des Ausgedrückten mit dem, was man ausdrücken will, also mit der Ueberzeugung. Darum liegt ein Zwiespalt zwischen dieser und der Erklärung bei dem schriftlichen aussergerichtlichen Geständnis, ferner als bei dem im Gespräch abgegebenen. Hierin liegt auch die starke beweisende Kraft, welche der Quittung zukommt: wer einen Zahlungsempfang schriftlich bescheinigt, prüft in Gedanken den ganzen Vorgang unbewusst noch einmal durch. Wie häufig geschieht es, dass plötzlich während des Ausstellens der Quittung der Aussteller innehält und Bedenken geltend macht, die ihm bei dieser unbewussten Prüfung aufgestossen sind!

III. Gegenstand des aussergerichtlichen Geständnisses.

Der Gegenstand auch des aussergerichtlichen Geständnisses ist eine dem Gestehenden nachteilige Tatsache. Dagegen braucht sie vom Gegner nicht behauptet zu sein.[46]) Dies Erfordernis wäre ja auch bei dem Geständnis Dritten gegenüber nicht durchführbar. Jedoch kann unter Umständen in der vorangegangenen Behauptung ein die Beweiskraft erhöhendes Moment gefunden werden.

---

[44]) Mugdan, a. a. O. I, S. 562.

[45]) Seuffert, Komm. z. Z.-P.-O., Vorb. 2 zu § 415.

[46]) ibid. § 288, Anm. 8.

Die Tatsachen müssen nachteilige sein. Und wie beim gerichtlichen Geständnis ist auch hier nicht der subjektive, sondern ein objektiver Massstab anzulegen. Das aussergerichtliche Geständnis gewinnt Bedeutung erst im Prozess. Hier wirkt es als Indiz bei dem Beweis der betreffenden Tatsache; da also der Zeitpunkt der Wirkung auch bei dem gerichtlichen Geständnis dann eintritt, wenn der Richter den gesamten Inhalt der Verhandlung würdigt, so muss man die Nachteiligkeit der Tatsache in diesem Moment als das Massgebende ansehen.

Da der Richter es völlig in der Hand hat, den Beweiswert eines aussergerichtlichen Geständnisses abzuschätzen, so ist die Behandlung notorischer und unmöglicher Tatsachen hier nicht mit denselben Schwierigkeiten wie beim gerichtlichen Geständnis verknüpft. Der Richter wird derartigen aussergerichtlichen Geständnissen einfach jeglichen Beweiswert absprechen, um so mehr, als von irgend einer bindenden Uebereinstimmung der Parteien keine Rede ist. Durch das blosse Aeussern, eine solche Tatsache sei wahr, kann niemand seine Rechtslage auch nur um ein Geringes verschlechtern. Beruht die Erklärung aber auf der Ueberzeugung von der Wahrheit, so liegt dieser sicherlich ein Irrtum zu grunde und macht das Geständnis kraftlos. Fehlt es aber an der Ueberzeugung, so ist ein aussergerichtliches Geständnis überhaupt nicht als vorliegend zu erachten.

Was bei dem gerichtlichen Geständnis bezügl. der Rechtsbegriffe angenommen wird, muss hier ebenso gelten. Es steht nichts im Wege, dass man — vorausgesetzt wird ihre Einfachheit und ihre Verständlichkeit — aussergerichtlich das Bestehen derartiger Rechtstatsachen zugibt. Doch wird man den Begriff „Rechtstatsache“ hier möglichst eng fassen müssen, da die

Vorstellungen, die im Verkehrsleben über derartige Tatsachen herrschen, vielfach verworren und unklar und auch die Ausdrücke zuweilen höchst ungenau sind.

Dagegen wird man das auf ein Rechtsverhältnis bezügliche aussergerichtliche Geständnis nicht in dem Sinne auffassen dürfen, dass es bezügl. der Tatsachen direktes Indiz liefert. Denn wenn jemand ein Rechtsverhältnis anerkennt, so richtet sich diese Einräumung nicht auf Tatsachen, sondern bereits auf einen juristischen Begriff, für den ein reelles Substrat — eine wirklich wahrnehmbare Tatsache — nicht existiert. Sie sagt nichts über eine Tatsache aus, um deren Beweis es sich ja später im Prozess handelt. Das Gericht wird aber eine derartige Einräumung nicht unberücksichtigt lassen können. Denn um Beachtung zu finden, braucht ein Indiz durchaus nicht die Natur eines aussergerichtlichen Geständnisses zu haben. Das Zugeben eines Rechts-Verhältnisses weist auf dessen Bestehen hin, und dessen Bestehen lässt vermuten, dass hierbei gewisse Tatsachen mitgewirkt haben. So ist diese Anerkennung sozusagen Indiz zweiten Grades. Bei dem Beweis aller einem Rechtsverhältnis zu grunde liegenden Tatsachen wird demnach dieser Hinweis auf dessen Bestehen als ein unterstützendes Moment hinzutreten, aber ein aussergerichtliches Geständnis ist in dem Zugestehen des Rechtsverhältnisses nicht zu sehen. Wenn man bei dem gerichtlichen Geständnis zu einem andern Resultat kommen muss, so hat das seinen Grund darin, dass vor Gericht die Geständnisse bezügl. der Rechts-Verhältnisse bedeutend enger gefasst werden, weil der Gestehende sich der Bedeutung seiner Erklärung bewusst ist und dem Gegner nicht ohne weiteres den Beweis zu ersparen geneigt sein wird. Ferner hat es dort der Richter jederzeit in der Hand, das Rechts-Verhältnis in seine einzelnen Bestandteile und

Rechtsgründe zu zerlegen und jeden einzelnen zum Gegenstand der Verhandlung zu machen. De facto wird es keinen wesentlichen Unterschied machen, ob der Richter ein Einräumen eines Rechts-Verhältnisses als aussergerichtliches Geständnis oder als sonstiges indirektes Indiz ansehen wird. In beiden Fällen hat er den Beweiswert nach seinem Ermessen zu bestimmen.

Es ist versucht worden (so von Wetzell, Ziv.-Pr. § 22), den Charakter des aussergerichtlichen Geständnisses je nach dessen Gegenstand zu bestimmen. Das Geständnis einer Tatsache sei Beweismittel, das Geständnis eines Rechts-Verhältnisses Disposition. Ganz abgesehen von der Schwierigkeit einer Unterscheidung zwischen diesen beiden Gegenständen, ist ja im Vorgehenden die Dispositions-Natur des aussergerichtlichen Geständnisses abgelehnt worden, so dass diese Einteilung der Besprechung nicht bedarf.

Jedenfalls muss auch vom Schuldbekenntnis gelten, dass der Kläger mit dessen Beweis noch nicht die klagbegründenden Tatsachen dargelegt hat, wofern nicht in dem Anerkenntnis ein selbständiger Verpflichtungsgrund zu erblicken ist. Wohl aber kann der Richter aus diesem Schuldbekenntnis Indizien für das Vorliegen gewisser Tatsachen entnehmen, so dass dem Kläger durch das Anerkenntnis ein neues Ueberzeugungsmittel erwächst, das ihm den Beweis wesentlich erleichtern kann.

IV. Die Wirkung des aussergerichtlichen Geständnisses.

Es musste bisher bereits stets von der Wirkung des aussergerichtlichen Geständnisses gesprochen werden, weil sich in dieser seine ganze Eigenart

spiegelt und sie allein das Wesen desselben verstehen lässt.

Jedenfalls ist von vornherein die Ansicht zurückzuweisen, dass das aussergerichtliche Geständnis eine spätere Bestreitung der zugestandenen Tatsache im Prozess nicht gestattet.[47]) Zunächst ist — wie oben bemerkt — in dem aussergerichtlichen Geständnis als solchen eine Willenserklärung nicht zu erblicken,[48]) wenngleich es sich zweifellos in diese Form hüllen kann. Und selbst wenn es eine Willenserklärung wäre, fehlte es an einer Annahme dieser Erklärung und die einseitige Willenserklärung ist begrifflich noch nicht bindend, selbst wenn ihr die Dispositions-Absicht zu grunde liegt.[49]) Nachdem aber diese, sowie auch die vertragsmässige Bindung abgelehnt sind, bleibt — da die Z.-P.-O. über das aussergerichtliche Geständnis schweigt — nichts übrig, worauf man die Ansicht von der bindenden Natur des aussergerichtlichen Geständnisses gründen könnte. Die Bestreitung aussergerichtlich zugestandener Tatsachen darf also vom Richter nicht unberücksichtigt gelassen werden, ebensowenig die Behauptung von Tatsachen, deren Gegenteil vom Behauptenden aussergerichtlich eingeräumt wurde. Liesse man ein solches Geständnis vollen Beweis der eingeräumten Tatsache erbringen, so würde dadurch dem Richter eine Ueberzeugung oktroyiert; liesse man aber auch hier die Wirkung der Beweissparung eintreten, so hiesse das, ein gerichtliches Geständnis ausserhalb des Gerichts zulassen, und es wäre nicht einzusehen, warum die Zivil-Prozess-Ordnung nicht gemeinschaftliche Vorschriften für beide Arten des Geständnisses gegeben hätte: begrifflich

[47]) cf. Seuffert, a. a. O., § 138, Anm. 3.
[48]) Seuffert, a. a. O., § 288, Anm. 8.
[49]) cf. Wittmaack, a. a. O., S. 35.

wäre dann zwischen ihnen kein wesentlicher Unterschied: in beiden Fällen sowohl Bindung der Parteien als des Gerichts. Wäre es aber denkbar, zwei Erklärungen in ihren Wirkungen gleichzustellen, deren eine im Beisein des Gerichts und in der bedeutungsvollen Form als Prozesshandlung aufträte, während die andere leichthin im Verkehr des täglichen Lebens abgegeben würde? Bei den sogenannten Dispositionsakten, die von den Parteien im Bewusstsein und zum Zwecke einer Veränderung der Rechtslage vorgenommen werden, erübrigt sich die Bindung auf Grund des darin liegenden aussergerichtlichen Geständnisses, da dieses in seiner Wirkung von denen des betreffenden Rechtsakts weit überholt wird. Warum sich aber auf ein minus stützen, wenn ein plus zur Verfügung steht?

Damit steht nun durchaus nicht in Widerspruch, dass nach E.-G. z. Z.-P.-O. § 16 I. in Verb. mit Personenst.-Gesetz § 15 die Beurkundung aussergerichtlicher Erklärungen über Geburten und Sterbefälle vollen Beweis liefert. Denn hier beruht die Bindung nicht auf dem Willen oder Verhalten der Parteien, sondern auf der Tatsache, dass die Beurkundung durch öffentliche Organe geschieht, und damit eine Gewähr für die Richtigkeit der beurkundeten Tatsache geleistet wird, dass ferner auch seitens des Erklärenden (infolge des strafrechtlichen Schutzes des Personenstandes) eine überzeugungswidrige Erklärung nicht zu erwarten ist. — Dagegen sind alle Vorschriften der Landesgesetze, durch welche einem aussergerichtlichen Geständnis die Beweiskraft abgesprochen oder beschränkt wird, durch § 14 E.-G. z. Z.-P.-O. aufgehoben worden. Dieser Paragraph beseitigt jede Limitierung bezüglich des Beweiswerts, so dass der Richter vollen Beweis annehmen kann (nicht aber muss!).

Es wird in der Literatur von dem aussergerichtlichen Geständnis bald als von einem Beweisgrund, bald als von einem Beweismittel gesprochen.[50])

Wie bereits bemerkt, heisst beweisen nichts anderes, als dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit einer behaupteten und bestrittenen Tatsache beibringen.[51]) Ueberzeugung aber ist der feste, individuelle Glaube an die Realität eines Vorganges, einer Tatsache, und wird erlangt durch einen logischen Schluss von anderen bereits in der Ueberzeugung feststehenden Tatsachen auf die zu beweisende.

Diese Tatsachen sind es also, welche zunächst als Basis für die Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden festzustellen sind. Die Z.-P.-O. gibt solche Mittel zur Begründung einer Ueberzeugung an: Urkunden, Zeugen, Sachverständige, Augenschein und Eid. Der letztere soll wegen seiner eigenartig formalen Gestaltung als Feststellungsmittel hier ausser Betracht bleiben. Der Beweis durch Urkunden und durch Augenschein wirkt unmittelbar durch den Gesichtssinn, der Beweis durch Sachverständige und Zeugen durch den Gehörsinn auf die Ueberzeugung des Richters ein. Ihre unmittelbare Wahrnehmung ist es, welche diese Beweismittel dem Richter als real, als wirklich vorhanden darstellt. (Ob sie in ihm eine Ueberzeugung von der Wahrheit begründen oder nicht, ist hier gleichgültig.) So wirken sie auf die Ueberzeugung des Richters ein, unmittelbar sich selbst beweisend. Sie sind Träger von Beweisgründen,[52]) d. h. sie bringen Umstände hervor, aus denen der Richter einen Schluss auf die Wahrheit der bestrittenen Tatsache ziehen soll. Diese Beweisgründe werden

---

[50]) Wach, Das Geständnis. (Arch. f. ziv. Pr. 64, S. 217.)
[51]) cf. Wendt. (Arch. f. ziv. Pr. 63, S. 257.)
[52]) ibid. S. 255.

getragen von der Realität der Beweismittel. Diesen entnimmt der Richter im Vertrauen auf seine Sinne die Beweisgründe und lässt so die Beweismittel auf seine Ueberzeugung einwirken.

Die Beweisgründe selbst sind Umstände, welche die Ueberzeugung von der Wahrheit der streitigen Tatsachen durch die Anregung eines logischen Schlusses auf diese Wahrheit vermitteln sollen.[53]) Sie selbst erlangen ihre Kraft dadurch, dass sie den Beweismitteln entstammen, von diesen vorgebracht werden. Deshalb bedürfen sie auch keines weiteren Beweises. Wie die Beweismittel, so sind auch die ihnen entnommenen Beweisgründe etwas für den Richter wirklich Existierendes, von dessen Realität er überzeugt ist. Daher kann er unbedenklich seine Ueberzeugung von der Wahrheit der Tatsache auf diese Beweisgründe stützen.

Im Gegensatz zu diesen Beweismitteln stehen die Indizien. Sie sind wohl Beweisgründe, denn auch sie stellen Tatsachen dar, welche geeignet sind, Stützen für die Ueberzeugung des Richters abzugeben. Allein ihnen selbst fehlt der Halt. Wenn eine Partei eine Indiz vorbringt, so kann der Richter wegen der Interessiertheit des Vorbringenden einen wirklichen Ueberzeugungsgrund in dem Indiz nicht erblicken. Es fehlt die bestimmte, eine gewisse Objektivität gewährleistende Form, aus welcher der Richter die Wahrheit des Beweisgrundes entnehmen könnte, wie sie ihm von einem Beweismittel geboten wird. Darum muss er die Wahrheit dieses Beweisgrundes anderweitig ermitteln,[54]) m. a. W. ein nicht in Form eines Beweismittels dargebotener Beweisgrund bedarf eines

[53]) cf. Hellmann, Gesetzgebung des Deutschen Reiches (1879) Teil I, B. III 2, S. 81; Seuffert, Komm. z. Z.-P.-O. § 282, Anm. 1.

[54]) Wendt, a. a. O., S. 279.

Wahrheitsbeweises, weil seine Realität nicht durch diejenige seiner Erscheinungsform im Prozess gestützt wird. Der Richter muss aber von dem Vorhandensein des Beweisgrundes überzeugt sein. Ihn nach dem Parteivortrag stillschweigend hinnehmen und verwerten, ist ihm nicht gestattet.

Ein Beweis erübrigt sich in den Fällen, in welchen der Gegner das Indiz, d. h. die Tatsache, welche den Beweisgrund enthält, durch ein gerichtliches Geständnis zugibt, desgl., wenn sie notorisch ist.

In allen sonstigen Fällen hat der Behauptende den Beweis bezüglich der Wahrheit der indizierenden Tatsache anzutreten. Er muss dieser ein Fundament geben, damit der Richter seine Ueberzeugung auf die Wahrheit des Indizes gründen kann. Dies geschieht dadurch, dass er Beweismittel zur Begründung des Indizes, m. a. W. Beweisgründe für den Beweisgrund in einer bestimmten Form anführt, welche die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit des Indizes wachrufen sollen. Hat der Beweisführende dieses erreicht, so ist damit das Indiz bewiesen und Grundlage der richterlichen Ueberzeugung bezüglich der Wahrheit der für den Prozess unmittelbar relevanten Tatsache geworden. Das Indiz bleibt zwar prinzipiell immer noch Beweisgrund und wird durch seine endgültige Feststellung nicht zum Beweismittel. Denn hierzu fehlt ihm die typische von der Z.-P.-O. geregelte Form. Aber es wird zum feststehenden Indiz, das in seiner Wirkung dem Beweisgrund gleichsteht, welcher einem Beweismittel entnommen ist. Nun ist es nicht ausgeschlossen, dass das Indiz nicht direkt durch Beweismittel, sondern durch weitere Indizien bewiesen wird, welche ihrerseits wieder auf Beweismitteln beruhen u. s. f. Jedenfalls aber führt der Indizienbeweis stets auf Beweismittel zurück, wenn auch erst indirekt:

aber der letzte Grund der richterlichen Ueberzeugung ist in jedem Falle in der unmittelbaren Wahrnehmung zu suchen. So muss auch das aussergerichtliche Geständnis entweder durch Beweismittel oder weitere Indizien mit begründenden Beweismitteln dem Richter als wahr bewiesen werden. Diese Beweisdürftigkeit des aussergerichtlichen Geständnisses charakterisiert es als ein Indiz oder Beweisgrund.[55]) Es wird dem Richter unmittelbar bewiesen, z. B. durch die Vorlegung einer Quittung (Urkundenbeweis) oder durch Aufstellen von Zeugen, welche die Aeusserung des Gegners hörten (Zeugenbeweis). Indirekt kann es dadurch bewiesen werden, dass man weitere Indizien anführt, die ihrerseits in Form von Beweismitteln dargeboten werden. Hat der Richter die Ueberzeugung gewonnen, dass ein aussergerichtliches Geständnis abgegeben worden sei, ist m. a. W. aus dem Beweisgrund ein feststehender Beweisgrund geworden, so ist es nun Sache des Richters, zu erwägen, welche Schlüsse er aus dem Vorliegen eines aussergerichtlichen Geständnisses ziehen will und darf.

Damit kommen wir von der prozessualen Feststellung des aussergerichtlichen Geständnisses zu dessen Würdigung durch den Richter. Der normale, logische Schluss, den der Richter bei der Würdigung eines aussergerichtlichen Geständnisses vornehmen wird, lautet: Der Bestreitende — denn ohne eine solche Bestreitung kommt es gewöhnlich nicht zum Beweis — hat die Wahrheit dieser ihm nachteiligen Tatsache aussergerichtlich zugegeben, folglich spricht eine Vermutung dafür, dass sie wahr ist.[56]) Diese Vermutung kann sich bei dem Richter bis zur Gewissheit, bis zur

[55]) Ebenso Seuffert, a. a. O., § 288, Anm. 8; a. M. Wendt, a. a. O., S. 280.

[56]) cf. Bülow, Geständnisrecht S. 195.

Ueberzeugung steigern: dann bedarf es keines weiteren Beweises,[57]) denn der Zweck des Beweises ist ja bereits erreicht. Es kann also durch ein nachgewiesenes aussergerichtliches Geständnis „voller Beweis" erbracht werden; dies ist aber bei keinem aussergerichtlichen Geständnis von dem Willen der Parteien oder von der Form des Geständnisses allein abhängig. Stets ist das Ausschlaggebende das subjektive Element des richterlichen Ermessens.

Denn wie der Richter bei der Bewertung der Beweiskraft des Geständnisses ihm volle beweisende Wirkung beilegen kann, so kann er ihm auch jeglichen Beweiswert absprechen. Innerhalb dieser beiden Extreme hat er nun nach freier Ueberzeugung unter Berücksichtigung aller Umstände festzusetzen, wie weit die überzeugende Kraft des aussergerichtlichen Geständnisses bei ihm gehe.

Es sind bereits einige die Beweiskraft steigernde oder herabsetzende Momente genannt worden, z. B. Gerichtlichkeit der Erklärung, Abgabe derselben der anderen Partei gegenüber oder schriftlich, ferner in Form eines ungültigen Beweisvertrages. -- Anderseits sind hier zu nennen: Irrtum, Trunkenheit, Erregung, Unbesonnenheit etc. Alle diese Umstände sind natürlich von demjenigen zu beweisen, der sich auf ihr Vorliegen beruft. Dasselbe gilt von den Tatsachen, welche wegen mangelnder Ueberzeugung nach der hier vertretenen Ansicht den Tatbestand des aussergerichtlichen Geständnisses ausschliessen: Drohung, Mangel der Ernstlichkeit, Mangel des Erklärungswillens. Es ist für diese Fälle gleichgültig, ob man zu dem Begriff des aussergerichtlichen Geständnisses die Ueberzeugung von der Wahrheit verlangt oder nicht.

---

[57]) cf. Wendt, a. a. O., S. 283.

Denn in dem einen Fall kommen sie als aussergerichtliche Geständnisse gar nicht in Betracht, im andern verlieren sie durch Aufdeckung des Mangels jegliche Ueberzeugungskraft. Eine andere Wirkung kommt ihnen als Indizien auch nicht zu, so dass der Effekt bei beiden Ansichten der gleiche ist.

V. Entkräftung des aussergerichtlichen Geständnisses.

Es ist selbstverständlich, dass das aussergerichtliche Geständnis einen Widerruf begrifflich nicht zulässt, denn eine Erklärung kann nicht ohne weiteres, d. h. mangels gesetzlicher Vorschriften widerrufen werden: eine widersprechende Erklärung hebt die erste nicht auf, sondern fügt ihr nur eine selbständige zweite bei, die dann natürlich gleichfalls der gerichtlichen Beweiswürdigung dient und zuweilen auch — bei entsprechender Begründung — das aussergerichtliche Geständnis entwerten kann. Dies ist aber kein Widerruf im technischen Sinne, da es nicht ohne weiteres die Sachlage so beeinflusst, dass die erste Erklärung als nicht abgegeben gilt. Vielmehr ist es von dem Ermessen des Gerichts abhängig, ob und welche Wirkung als Folge der widersprechenden Erklärung eintreten soll: Die Natur als Indiz kann keiner Erklärung genommen werden. Sie kann höchstens entwertet werden, so dass ihre Beweiskraft gleich Null wird.[58]) Hierauf beruht es auch, dass ein wirksam widerrufenes gerichtliches Geständnis, nachdem ihm so die beweissparende Wirkung entzogen ist, immer noch als Indiz wirksam bleibt, und in der Widerrufserklärung ein zweites Indiz

[58]) cf. Guyet, Das fingierte Geständnis im Zivilprozess (Arch. f. ziv. Pr. 40, S. 171); Bülow, a. a. O., S. 213; E. R. G. (Gruchots Beiträge 33, S. 678.)

für den Richter entsteht, so dass er bei der weiteren Verhandlung diese beiden Erklärungen berücksichtigen wird. Für die betreffende Tatsache selbst werden sie ja wohl stets irrelevant bleiben, da bei dem Widerruf bereits deren Unwahrheit bewiesen werden muss.

Ausser der Entkräftung des aussergerichtlichen Geständnisses steht es der Partei jederzeit offen, nachzuweisen, dass sie dies aussergerichtliche Geständnis nicht abgegeben habe. Dieser Gegenbeweis kann nun selbst wieder auf Indizien gestützt werden, evtl. auf ein aussergerichtliches Geständnis des Gegners, welches dahin geht, dass der den Gegenbeweis Führende ein aussergerichtliches Geständnis nicht abgelegt habe.

Aus dem oben Ausgeführten erhellt, dass sowohl die Ueberzeugung der Partei wie auch das Ermessen des Richters bei dem aussergerichtlichen Geständnis eine viel bedeutendere Rolle spielt, als bei den gerichtlichen. Auch der Grund dieser Institute ist ein verschiedener: während das gerichtliche Geständnis hauptsächlich aus prozessökonomischen Erwägungen hervorgegangen ist, entspringt das aussergerichtliche Geständnis dem Grundsatz, dass die Parteien in der Wahl ihrer Beweismittel und -Gründe in keiner Weise beschränkt sein sollen, dass der Richter aber das Vorgebrachte auf seinen Beweiswert zu untersuchen und bei der Fällung des Urteils zu berücksichtigen habe. Im übrigen aber stehen sich diese beiden Arten des Geständnisses überaus nahe: sie sind Erklärungen des Inhalts, dass eine dem Erklärenden nachteilige Tatsache wahr sei. Beide haben die Tendenz, auch im Zivilprozess — soweit es die Verhandlungsmaxime zulässt —, eine Berücksichtigung des wahren Tatbestandes und damit ein der wirklichen Sachlage entsprechendes Urteil zu ermöglichen.